

# Las Pretensiones de Condena en el Contencioso- Administrativo

ALEJANDRO HUERGO  
LORA



**ARANZADI**  
EDITORIAL

# COLECCION MONOGRAFIAS ARANZADI

## Consejo de Redacción

JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ

*Presidente*

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

*Vicepresidente*

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado*

ALBERTO LARRONDO ILUNDÁIN

*Secretario*

*Director de Publicaciones*

MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ

*Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional*

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

*Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado*

FAUSTINO CORDÓN MORENO

*Catedrático de Derecho Procesal. Abogado*

PEDRO GONZÁLEZ-TREVÍJANO SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho Constitucional*

LUIS MARTÍN REBOLLO

*Catedrático de Derecho Administrativo*

GONZALO QUINTERO OLIVARES

*Catedrático de Derecho Penal*

ENRIQUE RUBIO TORRANO

*Catedrático de Derecho Civil*

EUGENIO SIMÓN ACOSTA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado*

LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN EL  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

ALEJANDRO HUERGO LORA

Doctor en Derecho

# LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

ARANZADI

---

EDITORIAL



© Alejandro Huergo Lora - 2000  
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA  
Ctra. de Aoiz, Km 3,5  
31486 Elcano (Navarra)

Imprime: Talleres de Editorial Aranzadi, SA  
Carretera de Aoiz, kilómetro 3,5  
31486 Elcano (Navarra)

Depósito Legal: NA 952/2000

ISBN 84-8410-438-9

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

*A mi maestro,  
el profesor Raúl Bocanegra Sierra.*

## Sumario

	<i>Página</i>
ABREVIATURAS .....	15
INTRODUCCIÓN .....	17

### PARTE I

#### LOS PARÁMETROS DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA

##### CAPÍTULO I

##### LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Concepto .....	25
2. La relevancia de las pretensiones de condena en el proceso contencioso-administrativo .....	28
3. Presupuestos extraprocesales del estudio de las pretensiones de condena contencioso-administrativas .....	30

##### CAPÍTULO II

##### EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN CUANTO SISTEMA DE ACCIONES

1. La pretensión como objeto del proceso .....	33
2. Los conceptos de acción y pretensión .....	35
3. Clasificación de las pretensiones que se pueden deducir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .....	43
4. Los elementos de las pretensiones contencioso-administrativas, con especial referencia a su fundamento .....	52
5. El sujeto activo de las pretensiones y la reconvención en el contencioso-administrativo .....	56

	<i>Página</i>
6. El principio dispositivo y la clasificación legal de las pretensiones .....	59
7. Las pretensiones en la Jurisdicción Administrativa alemana .....	62
a) Introducción .....	62
b) La regulación de las distintas pretensiones .....	68
c) Problemas de la articulación de las distintas pretensiones .....	77

### **CAPÍTULO III**

#### **EXIGENCIAS COMUNITARIAS A LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

1. Los distintos frentes de la influencia del Derecho comunitario europeo sobre el Derecho administrativo nacional .....	85
2. El recurso por omisión ante los Tribunales comunitarios .....	87
3. El recurso por incumplimiento como reacción ante la inactividad de los Estados miembros .....	97
4. El principio de efectividad del Derecho comunitario europeo y su importancia para el acceso a los Tribunales nacionales .....	98
a) El principio de efectividad en la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros .....	98
b) La tutela judicial de los derechos subjetivos de origen comunitario ....	108
5. La posible influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la regulación de las pretensiones de condena .....	111

### **CAPÍTULO IV**

#### **EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES A LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

1. La influencia de la Constitución sobre el contencioso-administrativo ....	115
2. Las pretensiones de condena como exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva .....	118
3. Las consecuencias de la mención constitucional a los derechos subjetivos y de los intereses legítimos .....	122
a) El proceso como vía de tutela de situaciones jurídicas subjetivas ....	122
b) El derecho público subjetivo como requisito de acceso a la Justicia administrativa en Alemania .....	124
c) El interés legítimo como resultado de la posición específica de la Administración respecto al Derecho .....	133
d) La tutela judicial subjetiva de los intereses legítimos, una conquista del Derecho público español plenamente justificada .....	138
4. El efecto vinculante del artículo 106.1 sobre la regulación legal del contencioso-administrativo .....	143

**PARTE II****LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN LA EVOLUCIÓN DE LA  
LEGISLACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA****CAPÍTULO V****LAS PRETENSIONES DE CONDENA DESDE LOS ORÍGENES DEL  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA HASTA LA LEY  
JURISDICCIONAL DE 1956**

1. El contencioso francés como fuente de inspiración de la legislación española del siglo XIX .....	151
2. El sistema de Justicia administrativa de las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 y su evolución hasta 1888 .....	155
3. Las pretensiones de condena en la Ley de 13 de septiembre de 1888 ...	158
4. La evolución del contencioso-administrativo en el camino hacia la Ley Jurisdiccional de 1956 .....	160

**CAPÍTULO VI****LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN LA LEY JURISDICCIONAL  
DE 1956**

1. El sistema de pretensiones de la Ley .....	163
2. La aplicación judicial de la Ley .....	170
3. La inactividad administrativa como supuesto talón de Aquiles de la Ley Jurisdiccional de 1956 .....	173

**CAPÍTULO VII****LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN LA LEY REGULADORA DE LA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998**

1. Los propósitos del legislador y el sistema de pretensiones de la Ley .....	181
2. Las modificaciones introducidas en el recurso contra actos administrativos .....	183
3. El nuevo recurso contra la inactividad .....	186
4. El acto administrativo como título «quasi» ejecutivo: la acción regulada en el artículo 29.2 de la Ley Jurisdiccional .....	191

**PARTE III**

**LOS ELEMENTOS DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA**

**CAPÍTULO VIII**

**EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA  
EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE CONDENA**

1. Los criterios que determinan la atribución de una pretensión de condena a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .....	197
2. Hacia la superación de la influencia del carácter revisor del contencioso en la determinación del ámbito de la Jurisdicción Administrativa .....	199

**CAPÍTULO IX**

**LA LEGITIMACIÓN: LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LAS  
PRETENSIONES DE CONDENA**

1. La función procesal de los derechos e intereses legítimos .....	205
2. La acción popular en el contexto de una configuración subjetiva del contencioso-administrativo .....	209

**CAPÍTULO X**

**LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA EN LAS PRETENSIONES  
DE CONDENA**

1. El carácter revisor del recurso contencioso-administrativo en la Ley Jurisdiccional de 1956 y sus consecuencias respecto a la función del acto administrativo .....	211
2. El papel de la vía administrativa previa en la Ley Jurisdiccional de 1998 .....	217
3. Los efectos sustantivos del principio revisor: el concepto amplio de acto administrativo .....	223
4. La necesaria correlación entre las pretensiones deducidas en el recurso contencioso-administrativo y en la reclamación previa .....	229

**CAPÍTULO XI**

**LA SENTENCIA (I): LA INADMISIBILIDAD Y LOS PRONUNCIAMIENTOS  
ANULATORIOS**

1. El orden de los pronunciamientos .....	233
2. Las sentencias de inadmisibilidad .....	237

3. El momento que se debe tener en cuenta para determinar los hechos y la normativa aplicables al examen de fondo de la pretensión .....	240
4. Las sentencias sobre el fondo: revisión de la actividad administrativa impugnada y estimación o desestimación de la pretensión de condena .....	244
5. La relación entre los pronunciamientos de condena y los anulatorios ...	250
a) ¿Es necesario anular expresamente el acto en relación con el cual se deduce la pretensión de condena? .....	251
b) Las sentencias estimatorias que se limitan a anular el acto impugnado y a remitir el asunto nuevamente a la Administración .....	256
c) Las pretensiones de condena que se limitan a pedir la remisión del asunto a la Administración («isolierte Anfechtungsklagen») .....	268

## CAPÍTULO XII

### LA SENTENCIA (II): LAS DIVERSAS CLASES DE PRONUNCIAMIENTOS DE CONDENA

1. ¿Sentencia de condena o sentencia sustitutiva/constitutiva? .....	277
2. Las distintas formas de condena .....	283
a) Las sentencias de condena en sentido estricto y las sentencias-marco .	283
b) La condena a la indemnización de daños y perjuicios .....	294
3. Causas que pueden llevar al Tribunal a dictar una sentencia-marco .....	300
a) El principio de separación de poderes .....	304
b) La ausencia de procedimiento administrativo .....	306
c) El margen de apreciación de algunos órganos colegiados .....	308
d) Otros supuestos .....	310
4. Un supuesto especial: la discrecionalidad como obstáculo a una resolución sobre el fondo del asunto .....	315
5. La doctrina del agotamiento de la discrecionalidad en el Derecho alemán .....	323
6. La preclusión o agotamiento formal de la discrecionalidad .....	330
7. El reparto de las costas en las sentencias de condena .....	336

## CAPÍTULO XIII

### LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS PRETENSIONES DE CONDENA

1. El fundamento constitucional de la tutela cautelar en las pretensiones de condena .....	339
2. La insuficiencia de la medida cautelar de suspensión del acto impugnado .....	342
3. Las medidas cautelares positivas en la Jurisprudencia .....	347



	<i>Página</i>
4. La tutela cautelar en las pretensiones de condena en la Ley Jurisdiccional de 1998 .....	351
INDICE CRONOLÓGICO DE DISPOSICIONES CITADAS .....	359
BIBLIOGRAFÍA .....	363

## *Abreviaturas*

ADC	= Anuario de Derecho Civil
AöR	= Archiv für öffentliches Recht/des öffentlichen Rechts
BauR	= Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BCE	= Banco Central Europeo
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBI	= Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial del Estado alemán)
BGH	= Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal)
BOCG	= Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	= Boletín Oficial del Estado
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo Administrativo)
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CC	= Código Civil
CE	= Constitución Española
CECA	= Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	= Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEEA	= Comunidad Europea de la Energía Atómica
CGPJ	= Consejo General del Poder Judicial
DA	= Documentación Administrativa
Diss	= Dissertation
DOCE	= Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOL	= Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie «Legislación»
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
EDCE	= Études et Documents, Rapport public du Conseil d'État
esp.	= especialmente
EuGRZ	= Europäische Grundrechte-Zeitschrift
F.	= Fundamento Jurídico
GG	= Grundgesetz (Ley Fundamental)
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristen Zeitung
LCAP	= Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCEur	= Legislación de las Comunidades Europeas Aranzadi
LECiv	= Ley de Enjuiciamiento Civil
LEF	= Ley de Expropiación Forzosa
LJCA	= Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOTIC	= Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRJAE	= Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado

LRJ-PAC	= Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSA	= Ley de Sociedades Anónimas
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG	= Oberverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo de Apelación)
RAP	= Revista de Administración Pública
RDU	= Revista de Derecho Urbanístico
REALA	= Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	= Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	= Revista Española de Derecho Constitucional
REVL	= Revista de Estudios de la Vida Local
RGLJ	= Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	= Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RTC	= Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
TC	= Tribunal Constitucional
TCE	= Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (25 marzo 1957)
TEDH	= Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	= Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	= Tribunal de Primera Instancia
TUE	= Tratado de la Unión Europea (7 febrero 1992)
VBIBW	= Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VG	= Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo de Primera Instancia)
VGG	= Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz
VGH	= Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo de Apelación)
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung (Ley de la Jurisdicción Administrativa)
VwVfG	= Verwaltungsverfahrensgesetz (Ley de Procedimiento Administrativo)
ZPO	= Zivilprozeßordnung

## *Introducción\**

Para que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa esté en condiciones de ofrecer una tutela efectiva a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses, es necesario admitir la formulación de pretensiones de condena contra las Administraciones Públicas. Si los órganos de lo contencioso sólo pudiesen anular actos administrativos, pero no condenar a las Administraciones Públicas, se estaría vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución y además muy probablemente el Derecho comunitario, pues el artículo 10 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea impone a los Estados miembros la obligación de establecer vías procesales que ofrezcan una tutela adecuada para los derechos derivados del ordenamiento comunitario.

Estos dos mandatos (el constitucional y el comunitario) han venido incidiendo, a partir de su respectiva entrada en vigor para España, sobre la Ley Jurisdiccional de 1956, donde se regulaban (hasta su reciente derogación) las pretensiones deducibles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La vigencia simultánea de estas normas ha producido una situación confusa y conflictiva, ya que la Ley Jurisdiccional de 1956, ni pretendía expresamente garantizar una tutela efectiva de las posiciones subjetivas de los particulares, ni regulaba con la suficiente claridad las pretensiones de condena (aunque admitía su formulación en algunos casos). Si a estos problemas normativos se une la actitud regresiva de gran parte de la Jurisprudencia, que no ha explotado todas las posibilidades abiertas por la Ley de 1956 a las acciones de condena, se llega a una conclusión insatisfactoria. No se ha logrado cumplir el mandato de efectividad de la tutela judicial (al menos en lo que se refiere a las pretensiones de condena) y, además, los avances que se han ido produciendo han surgido como iniciativas aisladas, carentes del eco normativo y doctrinal necesario. Estos avances son posturas minoritarias en un contexto en el que se habla más del carácter revisor del contencioso que de las pretensiones de condena.

---

\* Este trabajo tiene su origen en una larga estancia en la Universidad de Munich (octubre de 1997-junio de 1999), en la que he contado con la colaboración de diversas personas e instituciones, a las que quiero mostrar mi agradecimiento: los profesores Klaus Vogel y Moris Lehner, que me acogieron en su cátedra del Instituto de Derecho Público, así como el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), la Fundación «La Caixa» y el programa de becas postdoctorales «Marie Curie» de la Unión Europea, que financiaron distintas fases de la estancia. El inspirador de este proyecto ha sido el profesor Raúl Bocanegra, que creó hace veinte años el vínculo con la cátedra del profesor Vogel, por la que hemos pasado ya varios de sus discípulos. Quiero recordar también al profesor Michael Rodi y a los doctores Rainer Prokisch, Christian Waldhoff y Oliver Lepsius, que hicieron más fructífero mi contacto con el Derecho alemán.

La Ley Jurisdiccional de 1998 ha intentado remediar este estado de cosas, aunque, como veremos, ha supuesto, en gran parte, una oportunidad perdida. La Ley parte de esquemas jurídicos anteriores a la propia Ley de 1956, y continúa hablando de «actividad administrativa *impugnable*». El contencioso sigue siendo un proceso impugnatorio, y ello supone que las pretensiones de los ciudadanos, que en Derecho administrativo surgen (al igual que ocurre en cualquier orden jurisdiccional) como derivación de sus derechos e intereses, han de transformarse (o, en algunos casos, retorcerse) para poder aparecer como impugnación de algún tipo de actividad administrativa y poder ser así formuladas en vía contencioso-administrativa. Lo que hace la Ley es seguir una ya antigua inspiración doctrinal, y ampliar el catálogo de esa «actividad impugnabile», incluyendo en él dos nuevas formas: la inactividad y la vía de hecho. Con ello no se ha ganado apenas claridad para las pretensiones de condena. Especialmente porque, aunque ahora se las menciona expresamente, la regulación (asistemática) de su objeto y de los requisitos de legitimación, puede llevar a una aplicación judicial aún más restrictiva que la actual. La respuesta a los principales problemas de este tipo de pretensiones sigue encontrándose fuera de la Ley Jurisdiccional.

Por ello siguen siendo necesarios trabajos que planteen las diversas cuestiones relativas a las pretensiones contencioso-administrativas (en este caso, la de condena) y estudien sus posibles soluciones a la vista del Derecho vigente, es decir, de los mandatos constitucional y comunitario y de la Ley Jurisdiccional. He intentado cumplir ese objetivo, y no escribir una monografía (hoy ya innecesaria) acerca de la influencia de la Constitución sobre el proceso contencioso-administrativo. Con ello se intenta aportar una pieza más al estudio de los problemas de la Justicia administrativa. La abundante bibliografía producida en la última década sobre el control judicial de la discrecionalidad, la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, etc., se ocupa de cuestiones que están de alguna manera subordinadas, sistemática y lógicamente, al problema de las pretensiones (y, en particular, la de condena). Sólo cuando se haya determinado de qué peticiones se debe ocupar el Juez de Derecho público, y qué requisitos deben concurrir para que pueda y deba emitir ciertos pronunciamientos (como el de condena), podrá plantearse si el principio de separación de poderes o la estructura de ciertas proposiciones normativas impiden en algunos casos esa actuación judicial o imponen reglas especiales para la ejecución de las resoluciones que se dicten.

En este trabajo se ha utilizado abundantemente el Derecho alemán, como resulta de la bibliografía citada y de la propia nota inicial de esta introducción. En los tiempos que corren, y tal vez por razones comprensibles, parece que estudiar otro Derecho además del español ha dejado de ser un valor añadido en una investigación jurídica, para convertirse en algo sospechoso y necesitado de explicación. Nada más fácil en este caso, pues el Derecho alemán es el único, entre los que pertenecen a la tradición jurídica continental, cuyo proceso administrativo no está marcado por el prejuicio de ser un sistema de revisión e impugnación de actos administrativos, sino que se construye alrededor de las pretensiones que plantean los ciudadanos en ejercicio de sus derechos. Por ello, la Jurisdicción Administrativa

no se define en ese sistema como la que conoce de las pretensiones deducidas en relación con la actividad administrativa impugnada, sino, más sencillamente, como la que conoce de las cuestiones que surjan en materias regidas por el Derecho público. Las pretensiones de condena no se han tenido que introducir en la legislación procesal administrativa de forma indirecta o vergonzante para no lesionar el principio de exención judicial de la Administración o la prohibición de que los Tribunales le impongan condenas de hacer, sencillamente porque esos dogmas no se reconocen en modo alguno. En consecuencia, no es que en este sistema se puedan formular pretensiones de condena o que estén expresamente reguladas, sino que están (lo mismo que las correspondientes sentencias de condena) totalmente integradas en el día a día de los Tribunales administrativos.

La función de este libro no es, con todo, la de informar sobre el Derecho alemán, y menos aún la de proponer una quimérica e inconveniente importación de sus preceptos. De lo que se trata (y a ello se ajusta su estructura) es de exponer, a partir de un repaso de las normas aplicables, los requisitos que debe reunir una pretensión de condena para ser admitida y estimada, y los distintos pronunciamientos judiciales que pueden (y deben) ser emitidos ante la formulación de esta clase de pretensiones.

El sistema español de Justicia administrativa se ha ido individualizando en una evolución que ha abarcado los últimos ciento cincuenta años, hasta llegar a independizarse de otros modelos, de forma que hoy se nos presenta dotado de características propias. El origen francés del contencioso español es indudable. Tal fue el principal modelo de las Leyes de 1845, de la Ley Santamaría de Paredes y de la legislación municipal de 1924 y 1935. Por diversas razones, las prestaciones ofrecidas por esa versión española del contencioso francés se quedaron muy por detrás del nivel alcanzado por su modelo. Tal vez esa insatisfacción dio lugar al giro que supone la Ley Jurisdiccional de 1956, que rompe la vinculación básica con el Derecho francés al judicializar totalmente el contencioso (primer elemento contrario a la tradición francesa) y orientar todo el proceso alrededor del concepto básico de pretensión procesal, frente a la pluralidad casuística de recursos que sigue caracterizando a ese antiguo modelo histórico. Esa ruptura tampoco lleva al contencioso español a seguir la huella de otro modelo europeo. Del contencioso alemán lo separa la gran relevancia que se da entre nosotros a la vía administrativa previa y al acto impugnado, además de la legitimación a partir de simples intereses. Tampoco se ha seguido la bipartición italiana entre derechos e intereses legítimos, ni el carácter básicamente casacional del contencioso austriaco, ni (por supuesto) el modelo anglosajón, totalmente ajeno a nuestro ambiente jurídico.

Más aún: nuestro sistema de justicia administrativa no sólo está dotado de características propias, sino que no recoge ninguno de los límites o restricciones que en otros ordenamientos se consideran contrapesos necesarios para asegurar su funcionalidad. Así, el contencioso está abierto a la tutela de simples intereses legítimos, lo que permite llevar ante estos Tribunales, entre otros, conflictos básicamente políticos o iniciados en defensa de intereses colectivos, posibilidad que en

Derecho alemán se contempla con gran prevención y se trata de impedir a toda costa con la figura del derecho público subjetivo. Tampoco subsiste ya entre nosotros el carácter objetivo y revisor del contencioso, que en Derecho francés se considera un contrapeso necesario a la amplitud del recurso por exceso de poder. Ni se ha pagado por la apertura del contencioso el precio de la bipartición entre derechos subjetivos e intereses legítimos, típica del Derecho italiano y de compleja superación, tanto en el plano doctrinal («affievolimento» del derecho y demás teorías que intentan explicar sus relaciones) como en el legislativo («giurisdizione esclusiva»). Tal vez haya que identificar uno de los orígenes de esta «generosidad» en una arraigada desconfianza hacia la Administración (y es posible que hacia todo género de instituciones públicas) que se intenta compensar con una intervención muy amplia de los Tribunales. Puede que el mismo fenómeno esté en la base del interés relativamente escaso y la desconfianza que despiertan entre nosotros instituciones como el procedimiento o el acto administrativo, contempladas más que nada como posible obstáculo a la tutela judicial.

Esa amplitud y apertura del contencioso español, su abandono de «válvulas de seguridad» (en expresión propia de nuestro contencioso histórico) que otros ordenamientos consideran poco menos que imprescindibles, no parecen ser, por otra parte, la causa de sus problemas y de su relativa ineficacia práctica.

Las características del contencioso español le permiten cumplir con relativa facilidad (en comparación con otros ordenamientos) las exigencias que le vienen impuestas por el Derecho comunitario y por el internacional, en el que destaca a estos efectos el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los problemas para España vienen en este plano más del incumplimiento o inaplicación de algunas normas de Derecho interno que de su incompatibilidad con estos parámetros supra o internacionales.

Pero estas buenas perspectivas contrastan con graves problemas prácticos que en muchas ocasiones transmiten una impresión de ineficacia del sistema. Superarla es el principal reto del contencioso-administrativo español. Las causas de esta ineficacia no son sólo organizativas o materiales, sino también técnicas. La estructura normativa e institucional del sistema de justicia administrativa no ha calado completamente, por extraño que pueda parecer, en su funcionamiento diario, y especialmente en la jurisprudencia. Durante demasiado tiempo ha parecido que elementos básicos del mismo, como, sin ir más lejos, las pretensiones de condena, fuesen lujos de aplicación más o menos opcional, frente a la realidad de un contencioso cotidiano y subterráneo, basado más en los hábitos judiciales que en los preceptos legales, y centrado en el carácter revisor como gran *topos* jurídico que permite resolver múltiples conflictos. Como alternativa a esta situación insatisfactoria hemos asistido a un recurso, en algunas ocasiones excesivo, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como argumento supremo al que se acude para romper cualquier nudo gordiano de la legislación procesal, lo que conlleva a veces problemas de inseguridad jurídica y una descalificación excesiva e indiscriminada



de los requisitos procesales, que son un elemento imprescindible de todo proceso bien ordenado.

El remedio sólo puede estar, lógicamente, en leyes de buena calidad, que establezcan requisitos y reglas procesales razonables y compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva, liberando a los órganos judiciales del deber de retorcer el sentido de los preceptos procesales para dejarlos sin efectos prácticos en un intento de evitar que su sentencia sea anulada después en un proceso de amparo constitucional (con la consiguiente demora en la resolución definitiva del proceso). Por parte de la doctrina, la atención a los problemas concretos del contencioso, una vez desbrozado en los últimos años el camino de las elaboraciones generales sobre el artículo 24.1 CE, es seguramente una contribución adecuada, lo mismo que el estudio de la Jurisprudencia.

Pero el gran problema planteado al contencioso-administrativo español es la demora en la resolución de los procesos, como es notorio. Desde el flanco de las pretensiones de condena se puede y se debe contribuir a su solución evitando, con una adecuada redacción de los fallos, dejar innecesariamente cabos sueltos a la Administración condenada, que puedan obligar al demandante victorioso a acudir a un segundo proceso. No basta con ello para solucionar el problema, naturalmente, y aquí se encuentra el principal reto para los próximos años. La Ley Jurisdiccional de 1998 se ha colocado a sí misma en un período de prueba en cuanto a las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en los que fía buena parte de sus esperanzas de mejora. Sin duda hay otras medidas muy importantes que se han apuntado en los últimos tiempos para incrementar la eficacia del proceso y desincentivar a quienes abusan del mismo: medidas cautelares, ejecución de sentencias (puesto que quien sabe que probablemente será condenado y que tendrá que cumplir la sentencia, tenderá a satisfacer extraprocesalmente la pretensión del demandante), condena en costas a quien haya dado lugar de forma injustificada al proceso, etc. No tan claras están otras vías que seguramente será necesario recorrer también para dotar al contencioso español de la eficacia imprescindible: la resolución extrajudicial de conflictos en sus diversas formas o la utilización estratégica del proceso para resolver conflictos-tipo y extender su solución a otros casos similares.

PARTE I

LOS PARÁMETROS DE LA REGULACIÓN  
LEGAL DE LAS PRETENSIONES DE  
CONDENA

## Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo

### 1. CONCEPTO

Partiendo de que la pretensión procesal es, según una definición común a todos los órdenes jurisdiccionales, una petición fundada en Derecho, dirigida frente a otro sujeto y formulada ante un órgano jurisdiccional, las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo son aquellos actos mediante los cuales el demandante pide a un órgano de este orden jurisdiccional que ordene a la Administración la realización de una determinada conducta, ya consista ésta en el pago de una cantidad de dinero, la realización de otra actuación material, el dictado de un acto administrativo o la aprobación de un reglamento<sup>1</sup>.

La definición se basa en la petición del demandante y no en la actuación previa de la Administración. Es decir, se adopta como criterio clasificatorio la pretensión deducida por el demandante y no el dato de que la Administración haya emitido previamente un acto o haya permanecido inactiva. Esta posición metodoló-

1. La definición enunciada es la propuesta por GUASP, J.: *La pretensión procesal*. Madrid, 1985, pg. 62. En torno al concepto de pretensión, vid. FAIRÉN GUILLÉN, V.: «De nuevo sobre el concepto de acción y pretensión», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, pgs. 7-38. Sobre su aplicación al proceso administrativo, se puede mencionar a GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «La pretensión procesal administrativa», *RAP*, 12 (1953), pgs. 77-128; *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (2 vols.). Madrid, 1998 (3ª ed.), vol. I, pg. 751, donde define la pretensión como «la declaración de voluntad por la que se solicita del órgano jurisdiccional una actuación frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración, concepto que acepta expresamente la Jurisprudencia (v. gr., S. de 16 de octubre de 1961)»; GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*. Valencia, 1991, pgs. 269-270; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: «Acotamiento de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente», *RAP*, 38 (1962), pgs. 9-33; ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.: *Pretensión procesal administrativa, ejecución de Sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*. Barcelona, 1987; ESCUSOL BARRA, E. y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*. Madrid, 1995, pg. 351 (quienes siguen la tesis de GUASP, J.).  
Sobre el ámbito que se ha dado en el texto a las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo, vid., en el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. II, pg. 1329, que afirma, refiriéndose al recurso contra la inactividad del art. 29 LJCA, que «esta pretensión puede formularse no sólo en relación con la omisión de la obligación de realizar “una prestación concreta a favor de una o varias personas” que tuviesen derecho a ella, sino en general siempre que la Administración venga obligada a hacer algo y el demandante tenga interés en que se haga».

gica no ignora la importancia que la decisión administrativa previa (expresa o presunta) tiene en nuestro sistema de justicia administrativa, pero hay que evitar también que el proceso administrativo quede subordinado a los intereses de una de las partes (la Administración), en lugar de ser fiel a la función de todo proceso, es decir, la satisfacción de pretensiones, lo que en este caso significa organizarlo dogmáticamente alrededor de la petición que plantee en cada caso el demandante. Por otro lado, la definición parte de un criterio formal a la hora de delimitar la petición del demandante, y es aplicable en principio a todos los sectores de la actividad administrativa. Hay pretensiones de condena en materia de responsabilidad extracontractual o patrimonial, de contratos, de funcionarios o de policía, del mismo modo que pueden plantearse pretensiones de condena en relación con actos administrativos, pero también ante la llamada inactividad de la Administración. También se ejerce una pretensión de condena cuando se reacciona frente a una vía de hecho y se pide al Tribunal que «ordene el cese de dicha actuación» (art. 32.2 LJCA)<sup>2</sup>. Las pretensiones de condena tampoco están relacionadas exclusivamente con la llamada Administración prestacional («Leistungsverwaltung»), típica del Estado social, sino que entran en juego en función de las necesidades del demandante, cualquiera que sea la materia u orientación de la actividad administrativa en la que se haya planteado el conflicto: también cuando un funcionario o un contratista reclaman a la Administración el pago de lo que ésta les debe o cuando el propietario de un terreno reacciona contra la denegación de una licencia urbanística, por poner dos ejemplos totalmente alejados de la Administración prestacional<sup>3</sup>.

2. En Derecho alemán también se entiende que la «Unterlassungsklage» o pretensión dirigida a que la Administración interrumpa una actuación material que lesiona los derechos del demandante, es un caso particular de la acción de condena o «Leistungsklage». Vid. por todos, HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*. München, 1998 (3ª ed.), §13.8 (pg. 234).
3. En este sentido, BACIGALUPO, M.: «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», *RAP*, 128 (1991), pgs. 413-452, pg. 444. Por ello creo que no se debe tender a relacionar ambas cuestiones (pretensiones de condena y Administración prestacional), como hace por ejemplo GONZÁLEZ-VARAS, S., en *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*. Madrid, 1993, especialmente en las pgs. 138 y ss., 146-150 y 188. Así en la pg. 139: «La Administración prestacional se explica por la evolución histórica hacia el Estado social y por las necesidades actuales del ciudadano de recibir prestaciones de la Administración, idea esta última que está en directa conexión con la posición activa y exigente del ciudadano frente al poder público que se deduce de la LF [se refiere a la Ley Fundamental de Bonn, GG]; este planteamiento tiene una correspondencia o derivación procesal en el sistema de garantías jurisdiccionales públicas, al resultar que el particular no es sólo un receptor de actos administrativos, sino además un sujeto que pide actos administrativos de la Administración Pública, primer paso para fundamentar una acción prestacional» (la cursiva, en el original). Las pretensiones de condena pueden referirse a objetos que nada tienen que ver con la Administración prestacional, como se acaba de mostrar en el texto. El propio GONZÁLEZ-VARAS, S., lo reconoce al afirmar más adelante (pg. 243) que «la acción prestacional general es una vía para el resarcimiento de cualquier lesión jurídica producida por la "Administración de limitación" que no pueda resarcirse por vía de la acción anulatoria» (la cursiva, en el original). En este mismo sentido, vid., en la doctrina alemana, SCHÄFER, W.: «Die Klagearten nach der VwGO (insbesondere die Klage auf Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsakts)», *DVBj*, 75 (1960), pgs. 837-843, esp. pg. 838. Por otro lado, el que la posición activa y exigente del ciudadano en la GG se manifieste entre otras cosas en una situación asimismo activa frente a la actuación administrativa, en absoluto limitada a la recepción y eventual impugnación de actos administrativos, es algo que tiene que ver más bien con el especial valor que se da a la dignidad y a la libertad del hombre (arts. 1 y

Las pretensiones que se formulan en el contencioso-administrativo se ajustan básicamente a la clasificación usual en el proceso civil: pretensiones declarativas, constitutivas y de condena. Son pretensiones declarativas las que se deducen contra actos nulos de pleno derecho. El principio revisor impone, como veremos en el Capítulo II, ciertos obstáculos al planteamiento de otras pretensiones meramente declarativas. Por lo que respecta a las pretensiones constitutivas, su manifestación más importante en el contencioso-administrativo son los recursos que se dirigen a obtener la anulación de actos administrativos que no sean nulos de pleno derecho.

Las pretensiones de condena pueden deducirse aisladamente o acumuladas a otras, lo que a su vez admite diversas variantes. En primer lugar, está el caso de la pretensión de anulación de un acto administrativo (o un reglamento) a la que se añade (para el caso de que sea estimada) una pretensión indemnizatoria por los daños derivados de la aplicación del acto anulado. La pretensión de condena también se acumula a una pretensión anulatoria en aquellos casos en que el acto impugnado es la respuesta denegatoria de la Administración a una solicitud planteada por el particular<sup>4</sup>. En nuestro sistema de Justicia administrativa, los particulares no pueden formular sus pretensiones de condena frente a las Administraciones Públicas directamente ante los Tribunales, sino que han de solicitar previamente la satisfacción de las mismas en vía administrativa. Si la Administración no estima dicha solicitud, y a no ser que nos encontremos en el ámbito de aplicación del recurso contra la inactividad (art. 29.1 LJCA), el particular sólo podrá formular

2) que con la cláusula de Estado social. De ese especial valor se deriva (como habrá ocasión de examinar más detenidamente en el Capítulo IV) la subjetivización de buena parte del Derecho público, es decir, la identificación de derechos subjetivos de los ciudadanos en múltiples normas jurídico-públicas que aparentemente sólo pretenden regular la actuación administrativa, lo que abre la puerta a esos ciudadanos para que acudan a los Tribunales a exigir que se obligue a la Administración a cumplir dichas normas. Esta idea es ya un lugar común en la doctrina alemana: vid. por todos a su primer formulador, BACHOF, O.: en «Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht», *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek* (1885-1955). München, 1955, pgs. 287-307 (pg. 297).

En la doctrina española, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 717, tras recordar que «[p]or lo general, al delimitar los tipos de inactividad material se ha tenido en cuenta la naturaleza de la función administrativa en la que se ha producido la inactividad: policía (...), de fomento (...) o servicio público», afirma que «a efectos del control jurisdiccional es preferible partir de otro criterio de clasificación», que a continuación se explica y que es básicamente formal, pues distingue los casos en que ha sido definida previamente la obligación administrativa y aquellos en que aún debe definirse mediante un acto administrativo.

4. De acuerdo con la «ratio» que ha seguido la LJCA/1998 al introducir los recursos contra la inactividad administrativa y la vía de hecho, la pretensión de condena sólo debe acumularse a una pretensión anulatoria cuando lo que se pida sea precisamente que se condene a la Administración a que dicte un acto o apruebe un reglamento, o bien cuando se pida el resarcimiento de los daños ocasionados por la aplicación de un acto simultáneamente impugnado. En cambio, cuando lo que se pide es que se condene a la Administración a realizar una conducta de tipo material (art. 29) o el cese de una vía de hecho (art. 30), aunque es necesario formular antes la petición en vía administrativa, el recurso contencioso-administrativo no se plantea como impugnación de la respuesta (expresa o presunta) a esa petición, sino como pretensión de condena en sentido estricto. Esta cuestión se estudiará detenidamente en los Capítulos VII, dedicado a la LJCA/1998, y X, sobre la vía administrativa previa. Allí se verá cómo, pese a la aparente sencillez de este esquema, el limitado ámbito del recurso contra la inactividad regulado en el art. 29 obliga a acumular en muchos casos las pretensiones de condena a la impugnación de actos administrativos (art. 31.2).

su pretensión de condena ante un órgano judicial contencioso-administrativo en relación con la impugnación de un acto administrativo, que será la denegación expresa o presunta de su solicitud. Por otro lado, un particular también puede formular una pretensión de condena en relación con la impugnación de un acto administrativo cuando ambas pretensiones (la anulatoria y la de condena) se refieran al mismo objeto (según las reglas de los 34-39 LJCA), aunque el acto impugnado no sea la desestimación de una solicitud presentada por ese sujeto.

## **2. LA RELEVANCIA DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Aunque las de condena son sólo uno de los tipos de pretensiones que se pueden formular en vía contencioso-administrativa, lo cierto es que su estudio pone de relieve, como ningún otro, tanto los problemas centrales de la Justicia administrativa como un buen número de cuestiones básicas del Derecho administrativo, lo que impide, a mi juicio, que se pueda plantear desde una perspectiva meramente procesal.

Mientras que otro tipo de pretensiones, como las de anulación de un acto administrativo, se han mantenido prácticamente inalteradas desde los comienzos del contencioso-administrativo, y por tanto desde que éste era un simple mecanismo de control interno de la Administración que en modo alguno pretendía garantizar un inexistente derecho a la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, las de condena sólo son concebibles en un sistema de justicia administrativa que, dotado ya de los poderes característicos de una auténtica jurisdicción, no se encuentra limitado a la simple anulación de los actos impugnados, sino que puede también dirigir condenas a los sujetos que le están sometidos. De ahí que, si se quiere comprobar en qué medida el contencioso está, no sólo en la legislación sino también en la práctica jurisprudencial, a la altura de su misión institucional, el mejor camino sea el estudio de las pretensiones de condena<sup>5</sup>. Sobre todo si lo que se persigue es, como en este caso, no tanto proclamar enfáticamente los principios que deben informar el sistema de justicia administrativa y los mínimos de eficacia que la CE le ordena prestar, sino descender a los distintos presupuestos de estas pretensiones y contribuir a eliminar los obstáculos que pueden impedir su funcionamiento con plena normalidad y seguridad.

Las pretensiones de condena son también, y con ello adelanto uno de los capítulos del trabajo, el mejor modo de verificar el tratamiento del problema de la legitimación en un sistema concreto de justicia administrativa. Es sintomático que, cuando en la aplicación práctica de la LJCA/1956 se había llegado, sobre todo después de la aprobación de la CE, a un consenso generalizado sobre la fórmula «derecho subjetivo e interés legítimo» y sobre el propio concepto de interés legítimo, la nueva LJCA haya vuelto a hacer problemática esta cuestión precisamente

---

5. Vid. DE LA OLIVA, A.: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*. Barcelona, 1980, pg. 131.

al regular la pretensión contra la inactividad administrativa en sus artículos 29 y 32<sup>6</sup>. Y es que sólo en las pretensiones de condena se puede verificar con exactitud cuáles son las consecuencias de optar por uno u otro criterio de legitimación.

Como ya he dicho, no es sólo que en las pretensiones de condena se planteen los principales problemas del contencioso-administrativo, sino que su estudio permite profundizar en el de las cuestiones que más han llamado la atención de la doctrina en los últimos años. Es el caso, por ejemplo, de la ejecución de las sentencias. Para saber cómo se puede llegar al cumplimiento de la sentencia, es decir, qué efectos produce este acto judicial respecto a sus destinatarios y de qué poderes es necesario dotar al órgano que la dicta, hay que determinar previamente qué puede ordenar la sentencia, lo que a su vez depende directamente del tipo de pretensiones que se pueden deducir, de quién puede hacerlo, etc. El estudio de las pretensiones, que son las que determinan qué pueden decir y qué no pueden decir las sentencias, es en consecuencia un presupuesto del problema de la ejecución. A la hora de responder, por ejemplo, a la pregunta de si la sentencia puede sustituir el contenido de un acto discrecional impugnado, el estudio de las pretensiones aclara cuál puede ser el contenido de la sentencia, ya que los pronunciamientos de la misma sólo pueden justificarse como estimación o desestimación de pretensiones procesales admisibles, y a partir de ahí es necesario indagar qué mecanismos es necesario disponer para dotar de eficacia a esos pronunciamientos<sup>7</sup>.

Más allá del ejemplo que se acaba de poner, el problema de las pretensiones también condiciona el tratamiento de la discrecionalidad. Cuando se estudia en qué medida el órgano judicial contencioso-administrativo puede controlar el ejercicio de las potestades discrecionales hasta el punto de indicar a la Administración qué contenido ha de tener el acto o la norma que debe dictar, hay un «prius» que consiste en averiguar si, y en qué condiciones, un particular puede deducir una pretensión de condena en relación con una potestad administrativa discrecional. Lo que estudia la dogmática de la discrecionalidad es si ésta, o la separación de poderes, o la reserva de Administración vedan al Tribunal una declaración o una condena que, en otro caso, serían admisibles. El estudio de las pretensiones es, por

6. Recuérdesse que el primero de esos artículos define la inactividad hablando de «prestación concreta en favor de uno o varias personas determinadas», y limitando la posibilidad de recurrir contra esa inactividad a «quienes tuvieran derecho a ella», lo que supone utilizar un criterio de legitimación mucho más estricto que el del interés legítimo a que se refiere con carácter general el art. 19.

7. Vid. GONZÁLEZ-VARAS, S.: *Problemas procesales actuales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Madrid, sin fecha (1994?), pgs. 114-116: «No se comprende bien la excesiva insistencia en la búsqueda de mecanismos eficaces al final del proceso, en la fase de ejecución, si no se facilita la ejecución desde el comienzo del proceso contencioso-administrativo (...). La "normalidad" en la ejecución de sentencias se ganaría con la previsión expresa de pretensiones o vías procesales que sirvieran para canalizar expresamente fallos condenatorios y, por tanto, susceptibles con normalidad de ser ejecutados»; «es un contrasentido (...) mantener un contencioso-administrativo esencialmente anulatorio y pretender al mismo tiempo un sistema eficaz de ejecución de sentencias»; «cuando se delimite un proceso contencioso-administrativo de acuerdo con el tirallanas de la concepción subjetiva, la ejecución de sentencias va a caer por su propio peso». Sobre la ejecución de las sentencias de condena, vid., por todos, BELTRÁN DE FELIPE, M.: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Madrid, 1995.



tanto, un presupuesto del análisis de la discrecionalidad, que se tiende a pasar por alto<sup>8</sup>.

Las pretensiones de condena también condicionan las medidas cautelares, obligando a superar, como se ha denunciado muchas veces, la reducción de dichas medidas a la suspensión del acto impugnado. Este tipo de pretensiones hacen necesaria otra clase de medidas cautelares que satisfagan las específicas necesidades de tutela que el demandante invoca.

### 3. PRESUPUESTOS EXTRAPROCESALES DEL ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

Esta implicación de las pretensiones de condena con otras cuestiones básicas del contencioso-administrativo y del Derecho administrativo en su conjunto impide que puedan ser estudiadas correctamente desde una perspectiva meramente procesal. Este punto de vista, que tendería a aplicar miméticamente los resultados del Derecho procesal civil, desconocería aspectos básicos del problema y no podría conseguir el resultado que se busca, es decir, que las pretensiones de condena se integren con plena normalidad en el funcionamiento del sistema de justicia administrativa, dando satisfacción a las necesidades de tutela judicial de los ciudadanos pero teniendo en cuenta también la posición jurídica de las Administraciones Públicas y las exigencias de los intereses públicos que están en la base de la misma. Ello obliga a no desconectar el contencioso-administrativo del estudio del Derecho administrativo material, conclusión de alcance general pero especialmente visible en este campo<sup>9</sup>.

8. Vid. RUPP, H. H.: *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*. Tübingen, 1991 (2ª ed.), pgs. 270-271. FERNÁNDEZ, T.-R., en *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid, 1991, pgs. 120-121, también se remite al alcance de las pretensiones admisibles para resolver el problema de la sustituibilidad de los actos discrecionales.

9. Esta conexión entre el contencioso-administrativo y el Derecho administrativo sustantivo no es una circunstancia meramente española que se deba sólo a la dedicación preferente de los administrativistas a este tema, sino que la encontramos también en otros sistemas como el alemán, en el que la justicia administrativa no sólo está muy desarrollada, sino que maneja un sistema de conceptos totalmente asentado y aún más «judicializado», valga la expresión, que el nuestro. El Derecho procesal administrativo o *Verwaltungsprozeßrecht* se estudia como una parte del Derecho administrativo porque éste y sus instituciones no se pueden analizar sin tener en cuenta sus aspectos procesales, algo que no sucede (o, al menos, no tanto) en Derecho privado. Como recuerda HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §1.3 (pg. 2), «el Derecho procesal administrativo es, junto con la llamada parte general, el corazón del Derecho administrativo, al que se conectan casi todos los sectores del Derecho público». Este mismo autor afirma que, «frente a lo que ocurre en Derecho civil, en Derecho público (...) los problemas no suelen reducirse a determinar la "situación jurídica" en sentido objetivo, es decir, si se tiene o no un derecho o si existe o no una relación jurídica. Lo que se plantea es, por ejemplo, si un recurso tiene posibilidades de éxito o si una demanda puede ser admitida y estimada, o cuál es el contenido predecible de una decisión judicial. Todas estas preguntas vinculan siempre problemas materiales y de procedimiento». Sobre la delimitación y las influencias recíprocas entre el Derecho administrativo material y el Derecho procesal administrativo, vid. también GROSCHUPF, O.: «Anmerkung zu VG Bremen, Urteil vom 16-11-1962» [*DVBt*, 78 (1963), pgs. 260-262], *DVBt*, 78 (1963), pgs. 262-263.

El Derecho administrativo se ha formado en buena medida al hilo de la justicia administrativa, y por ello no pocas instituciones materiales son el resultado, en su configuración actual, de

Hay múltiples elementos de las pretensiones de condena en los que se puede observar su relación con el Derecho administrativo material y la necesidad de tener a éste en cuenta a la hora de estudiarlas. Así ocurre con el problema de la legitimación. Una vez establecido cuál sea el criterio exigible para poder acceder al examen de fondo de una pretensión (ya sea la invocación de un derecho subjetivo estricto o también la de un simple interés legítimo), es necesario determinar en cada caso concreto si concurre esa situación en un sujeto determinado, y no en general sino para un tipo concreto de pretensión. Ello no se deduce inmediatamente del Derecho administrativo material, pues éste regula la actuación administrativa desde el punto de vista de la persecución de los intereses generales, y sólo excepcionalmente se ocupa de sus relaciones bilaterales con particulares. «Subjetivizar» el grueso del Derecho administrativo, es decir, identificar sus puntos de conexión con determinados sujetos que permiten a éstos (y sólo a ellos, puesto que estamos en un sistema que sólo excepcionalmente admite la acción popular) pedir en vía judicial que se imponga a la Administración el cumplimiento del mismo, es una tarea que excede con mucho de lo meramente procesal y exige estudiar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, de su vinculación al Derecho, de la posición de los ciudadanos como titulares de derechos fundamentales, etc.

A la misma conclusión se llega estudiando el papel del acto administrativo, bien como objeto de determinadas pretensiones contencioso-administrativas o como requisito procesal de todas o algunas de ellas (aspecto éste nada claro, por cierto). No cabe duda de que una de las principales peculiaridades de las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo frente a lo que ocurre en los

---

circunstancias procesales (como ha sucedido en el caso de los contratos, la responsabilidad o los actos administrativos y su régimen de nulidades) o están reguladas en la LJCA. El Derecho privado sustantivo o material está perfectamente descompuesto en derechos subjetivos, de modo que es fácil separar la regulación de tales derechos, su tráfico, etc., de su tutela judicial, que se puede estudiar de forma abstracta en el Derecho procesal. Nada de esto se da en el Derecho administrativo, cuyas normas sustantivas regulan básicamente la actuación de la Administración en cuanto guiada por los intereses públicos. Pero el sistema de justicia administrativa sí está orientado, como el civil, a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la tutela de derechos e intereses de quienes las deducen. La conexión entre ambos elementos es mucho más compleja que en Derecho privado y no puede hacerse sin tener en cuenta las características del Derecho administrativo material. No debe olvidarse, por último, que en nuestro Derecho positivo la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no está abierta a «cualesquiera pretensiones de Derecho público» (GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 88), sino a «acciones» concretas, que requieren una «actividad administrativa impugnables», lo que impone una primera conexión entre la actuación administrativa (el procedimiento, los actos) y el proceso. Vid., en este sentido, DELGADO BARRIO, F. J.: «El principio de efectividad de la tutela judicial en la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.): *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo. Garantía jurisdiccional) Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, vol. II (La Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pgs. 1187-1224 (pg. 1188), quien al referirse al gran desarrollo del estudio del contencioso-administrativo desde la aprobación de la LJCA/1956 y su análisis por la doctrina administrativista, afirma: «Esta atención no es sólo fruto del olvido de los procesalistas y se explica porque las peculiaridades del proceso administrativo son hijas de las exigencias de los principios propios del Derecho administrativo: este proceso es, sí, una institución para la tutela de los derechos e intereses legítimos —art. 24.1 de la Constitución— pero además y al propio tiempo es un instrumento de control de la Administración Pública —así lo destaca expresamente el art. 106.1 de la Constitución—».

restantes órdenes jurisdiccionales es justamente esa «mediación» del acto administrativo, limitando en mayor o menor medida el ámbito del proceso o condicionando su iniciación. Ahora bien: el régimen jurídico del acto administrativo, que ha de ser (como se verá en el Capítulo X) el que determine su posición en cada tipo de proceso, es algo que depende de la autotutela como elemento de la posición jurídica de la Administración Pública y que por tanto sólo puede estudiarse a partir del Derecho administrativo material. Ello afecta no sólo al acto como presupuesto o requisito, en una u otra medida, del proceso administrativo, sino también a las diferencias que pueden producirse entre unas u otras pretensiones de condena en función de que tengan por objeto actos u otro tipo de conductas de la Administración demandada.

El contenido de la sentencia también depende fundamentalmente de consideraciones sustantivas, sobre todo por lo que se refiere a la distinción entre sentencias meramente anulatorias, que remiten el asunto nuevamente a la Administración y por tanto desestiman parcialmente la pretensión de condena, y sentencias que indican exactamente a la Administración qué es lo que debe hacer y por tanto satisfacen plenamente la pretensión formulada. Optar por una u otra posibilidad depende de cuestiones centrales del Derecho administrativo como la discrecionalidad o la eficacia invalidante de los vicios de forma.

## El contencioso-administrativo en cuanto sistema de acciones

### 1. LA PRETENSIÓN COMO OBJETO DEL PROCESO

La pretensión, entendida como la petición fundada en Derecho, dirigida frente a otro sujeto y formulada ante un órgano jurisdiccional, constituye el objeto del proceso, en el sentido de que éste no tiene otra finalidad que la de conducir a un pronunciamiento judicial sobre la pretensión formulada<sup>1</sup>. Es ésta una afirmación comúnmente admitida y que ha sido desarrollada magistralmente por J. GUASP<sup>2</sup>. La pretensión pone en marcha el proceso y delimita el ámbito de las actuaciones de las partes y de la sentencia. Además, sus vicisitudes pueden dar lugar también a la terminación anticipada del proceso.

Aunque la pretensión es el objeto de *cualquier* proceso (ya sea éste civil, penal, social, etc.), cuando esta idea se afirma respecto al contencioso-administrativo todavía se hace con una cierta intención, es decir, se quiere con ello negar implícitamente que este proceso sea un simple mecanismo de revisión «a posteriori» de la legalidad de los actos administrativos. Éste fue justamente el propósito de la cláusula general del artículo 1.1 de la LJCA/1956, que pretendía aclarar que el límite del proceso y de las sentencias contencioso-administrativas está constituido por las pretensiones de las partes y no por el contenido del acto recurrido, según se pone de relieve en la Exposición de Motivos y ha reconocido uno de sus autores materiales<sup>3</sup>.

1. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 751.

2. J. GUASP formula el concepto de pretensión en *La pretensión procesal*, cit., pgs. 61-62. Para el proceso administrativo, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 747 y ss. Sobre la influencia de J. GUASP en la LJCA/1956 y, por extensión, en múltiples preceptos de la LJCA/1998, vid. entre otros GONZÁLEZ PÉREZ, J.: op. cit., vol. I, pg. 87; ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.: *Pretensión procesal administrativa*, cit., pgs. 24 y 35.

3. Sobre la relevancia de que el objeto del proceso contencioso-administrativo sean las pretensiones y no el acto, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Madrid, 1998 (5ª ed.), pgs. 612 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho procesal administrativo* (2 vols.). Madrid, 1964 (2ª ed.), vol. I, pg. 115. En cuanto a la Exposición de Motivos de la LJCA/1956, decía que mantener la expresión «recurso contencioso-administrativo» «no significa que se haya querido concebir la Jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo» (§II.2).

Si bien es cierto que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lleva a cabo un control de legalidad de la actuación administrativa (del mismo modo que cualquier orden jurisdiccional garantiza la eficacia del ordenamiento jurídico), los órganos judiciales no actúan como lo harían si se tratase de un órgano de control, sino que sólo intervienen cuando lo pide un sujeto (público o privado), si éste está legitimado (lo que exige normalmente que se encuentren afectados intereses propios) y en principio sólo en la medida en que lo exige la tutela de los intereses de quien formula la pretensión. Hay, con todo, algunas excepciones a esta última regla, como la eficacia «erga omnes» de las sentencias que estiman recursos directos contra reglamentos o la facultad judicial de extender su enjuiciamiento, en este tipo de recursos, a preceptos distintos de los impugnados pero relacionados con ellos (art. 33.3 LJCA).

En definitiva, la calificación del contencioso-administrativo como un sistema de pretensiones alude a su carácter *subjetivo*, es decir, a que su función principal es la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos y no la depuración de las actuaciones administrativas ilegales al margen de cualquier interés particular en ella. De todas formas, en rigor la naturaleza subjetiva de nuestro sistema de justicia administrativa no se deriva únicamente de que el objeto del proceso sean, de acuerdo con el artículo 1.1 LJCA, las pretensiones que se deduzcan. Eso sólo significa que los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos no van a actuar de oficio. También el proceso penal tiene por objeto, en su fase decisoria o de juicio oral, las pretensiones formuladas y, sin embargo, es el proceso más alejado de la aplicación del principio dispositivo. Lo decisivo en uno u otro sentido es la regulación de la legitimación. Es decir, que se faculte a algún órgano (Ministerio Fiscal o algún órgano administrativo) o a cualquier ciudadano (acción popular) para deducir pretensiones sin otra exigencia que el mero interés a la legalidad administrativa, o bien que se exija al demandante estar interesado en el asunto o (más aún) ser titular de un derecho subjetivo vulnerado por la actuación administrativa impugnada. Desde este punto de vista, el carácter subjetivo de nuestro contencioso-administrativo se deriva, esencialmente, del artículo 19.1 a) LJCA, según el cual están legitimados, como regla general, los titulares de derechos o intereses legítimos<sup>4</sup>.

4. Una de las posibles quiebras del carácter subjetivo del contencioso-administrativo es la legitimación de las Administraciones Públicas. La elaboración dogmática de la revisión de oficio ha mostrado que, salvo en el caso de actos radicalmente nulos, la Administración no puede ejercer ese poder (en caso de que se le reconozca como tal potestad de revisión de oficio de actos anulables, como se venía haciendo en nuestro Derecho hasta la reciente Ley 4/1999) a partir de la simple ilegalidad del acto administrativo, sino que debe estar *legitimada* por un interés público del mismo tipo que el del acto revisado (vid. BOCANEGRA SIERRA, R.: *La revisión de oficio de los actos administrativos*. Madrid, 1977, pgs. 239 y ss., conclusión recogida por el Dictamen del Consejo de Estado de 9 de julio de 1992, núm. 709/1992, *Rec.*, 1992, pgs. 321 y ss., pgs. 321-322). En cuanto a la legitimación para impugnar actos de *otras* Administraciones o para formular cualquier otra pretensión contencioso-administrativa, la LJCA/1956 y la Ley 34/1981 venían a reconocer a la Administración del Estado una potestad de control de la legalidad de cualesquiera otras Administraciones territoriales que le permitía impugnar sus actos basándose simplemente en su ilegalidad, sin exigirle ningún requisito adicional de legitimación. Dicha función encontraba su confirmación en el Proyecto de Ley del Gobierno discutido en la V Legislatura,

Aunque con frecuencia se establece un paralelismo entre la configuración de las pretensiones como objeto del proceso, el carácter subjetivo de éste y la superación de un sistema meramente revisor, hay que recordar que la concepción *objetiva* del contencioso-administrativo, es decir, la que le convierte en un instrumento para el control de la legalidad, no implica necesariamente reducirlo a la mera revisión de actos administrativos, a pretensiones sólo anulatorias. Control de legalidad se opone a «justicia subjetiva», a justicia dirigida a la tutela de intereses particulares. También en el marco de un control de legalidad puede llegarse a la conclusión de que una determinada conducta inactiva no es conforme a Derecho y puede ordenarse al órgano controlado que actúe en un determinado sentido, como ocurre en muchos supuestos de control interno o interadministrativo (tal vez el más llamativo sea el de los arts. 155 CE y 72 LOTC)<sup>5</sup>.

## 2. LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN Y PRETENSIÓN

En nuestra doctrina se emplean las expresiones «acción» y «pretensión» de condena, lo cual plantea el problema terminológico de si se trata de expresiones equivalentes o debe optarse por una de ellas<sup>6</sup>. Como veremos al final de este epí-

para el cual la potestad gubernamental de dirección de la política interior y exterior comprendía «el cometido de velar por el respeto por parte de unas y otras entidades territoriales [comunidades autónomas y corporaciones locales] de los límites constitucionales a su autonomía respectiva» (vid. al respecto, PAREJO ALFONSO, L.: «La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia», *DA*, 246-247 [1996-1997], pgs. 11-76, pg. 19). Las demás Administraciones (comunidades autónomas y corporaciones locales) sólo estarían legitimadas para defender su autonomía, lo que es un caso particular del criterio general (derecho o interés legítimo), ya que esa autonomía les está atribuida como posición jurídica subjetiva propia (en sus términos estatutarios o legales). La nueva LJCA ha cambiado, sin suscitar mayores reacciones, la situación anterior, al exigir un derecho o interés legítimo *también a la Administración del Estado*. Parece que este cambio refuerza la idea de que el interés exigible al Estado ha de ser un interés *propio y concreto*, y no el simple interés a la legalidad, por lo que el carácter subjetivo del contencioso tampoco desaparece por este lado. La diferencia entre la posición del Estado (en sentido restringido) y de las comunidades autónomas se mantiene, sin embargo, en los arts. 62 y 63.1 LOTC, según los cuales el Estado puede plantear un conflicto positivo de competencias para depurar cualquier actuación contraria al orden de distribución de competencias, mientras que a las comunidades autónomas se les exige además una «vindictio potestatis».

Además, también contribuye a subrayar el carácter subjetivo del sistema español de justicia administrativa la limitada capacidad de intervención del Ministerio Fiscal [art. 19.1 f)], tan distinta de la que le corresponde en el proceso penal.

En cuanto a las acciones populares, se estudian infra, en el Capítulo IX, donde razonaré por qué las mismas no constituyen necesariamente, a mi juicio y tal como están reguladas actualmente entre nosotros, una excepción al carácter subjetivo del contencioso.

5. Es necesario recordar en este punto el clásico trabajo de GARRIDO FALLA, F.: «El recurso subjetivo de anulación», *RAP*, 8 (1952), pgs. 177-189. En este artículo, GARRIDO se opone a la identificación de los pares de conceptos «objetivo/subjetivo», por un lado, y «anulación/plena jurisdicción», por otro, que llevaría a entender que todo recurso objetivo es de mera anulación mientras que todo recurso subjetivo sería de plena jurisdicción. La distinción objetivo/subjetivo se basa en el título de legitimación exigido, mientras que la segunda se basa en el ámbito de la decisión judicial, limitado en el primer caso a la simple anulación del acto impugnado.
6. Entre los autores que han optado explícitamente por la alternativa «acción de condena» se encuentra S. GONZÁLEZ-VARAS quien justifica su posición en *La jurisdicción*, cit., pg. 187, nota 1. Otros autores hablan, más genéricamente del contencioso-administrativo como «un sistema de

grafe, ese problema se liga al de la traducción más adecuada de los términos alemanes «Klage» y «Anspruch».

Ni la LJCA vigente ni la de 1956 emplean el término «acción», sino que manejan los conceptos de «recurso contencioso-administrativo» (denominación del Título III de la Ley de 1998), «pretensión» (art. 1) y «demanda» (arts. 52 y ss. y 67 y ss. de la LJCA derogada). El recurso es el acto que pone en marcha el proceso. A él se refieren figuras tales como el plazo de interposición (art. 46.1), la inadmisión (art. 51.1) o la estimación o desestimación (art. 68), y es objeto de actos como el desistimiento (art. 74.1). La LJCA permite distinguir entre el recurso como acto jurídico y el documento en que se materializa normalmente (escrito de interposición). También es posible comenzar el proceso directamente con la presentación de la demanda, y en este caso es en este último escrito en el que se materializa la interposición del recurso. La expresión «recurso» hace referencia a la impugnación de un acto jurídico dotado de una especial eficacia (como ocurre en los recursos contra sentencias y en los recursos administrativos), y en este sentido el recurso contencioso-administrativo tiene siempre por objeto (también en la vigente LJCA) algún tipo de actividad administrativa, de modo que la utilización de esta expresión es una reminiscencia de la etapa histórica en que el contencioso-administrativo sólo servía para revisar «a posteriori» la legalidad de los actos administrativos y obtener, en su caso, su anulación (tal como reconocía ya la LJCA/1956)<sup>7</sup>.

Como en cualquier otro proceso, la pretensión es en el contencioso-administrativo la petición fundada en Derecho que se formula frente a un tercero y ante un órgano jurisdiccional<sup>8</sup>. La legislación procesal administrativa ha sido desde 1956 especialmente cuidadosa y explícita en sus referencias a la pretensión, debido a las peculiaridades derivadas del principio revisor. Era necesario subrayar expresamente que, mientras el recurso contencioso-administrativo tiene por objeto una actuación administrativa (bajo la LJCA/1956 necesariamente un acto o un reglamento; hoy puede ser también un supuesto de inactividad o una vía de hecho), la pretensión no tiene por qué reducirse a la anulación de ese acto de la Administración, sino que puede tener en principio cualquier contenido, si bien ha de formularse en todo caso *en relación* con el acto o actuación que es objeto de impugnación en el recurso contencioso-administrativo.

Por último, la demanda es, para la legislación procesal administrativa, el escrito en el que se formulan las pretensiones, en el marco de un recurso contencioso-

---

acciones», como hace DE LA QUADRA-SALCEDO, T., en el «Prólogo» al libro *Problemas procesales*, cit., también de S. GONZÁLEZ-VARAS.

7. La Exposición de Motivos de la LJCA/1956 decía que ésta «[c]onserva una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es la tradicional y comúnmente admitida, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa exista un acto administrativo» (§II.2). Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 575, refiriéndose al carácter revisor, «[e]l mismo nombre de "recurso", que presupone una resolución previa que se ataca, se siente ligado a este mecanismo».

8. Vid. GUASP, J.: *La pretensión procesal*, cit., pg. 62 y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 747 y ss.



administrativo ya interpuesto o que (excepcionalmente) se interpone en ese momento.

Si colocamos la LJCA en su contexto ordinamental, podemos incorporar otro elemento relevante: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que es el que, por detrás de la LJCA e imponiéndole un contenido determinado, permite a los titulares de derechos y de intereses legítimos formular ante los Tribunales las pretensiones oportunas para la defensa de éstos.

¿Dónde queda colocado entonces el concepto de acción, al que hemos visto que algunos autores acuden al explicar dogmáticamente el proceso contencioso-administrativo? Como es sabido, el término «acción» («actio») tiene su origen en aquellos sistemas jurídicos (como el romano) en que a la Jurisprudencia se encomienda una función de creación del Derecho, de modo que no está plenamente separada la titularidad de derechos y facultades (que se adquieren y transmiten por los diversos títulos y modos regulados en el ordenamiento sustantivo) y su tutela judicial en caso de conflicto<sup>9</sup>. En estos sistemas, quien tiene derecho es quien tiene «acción», es decir, el sujeto al que el órgano judicial correspondiente (que en Roma no era exactamente el juez, sino el pretor) le reconoce idoneidad para llevar a cabo una determinada petición procesal. Éste es el llamado concepto monista de la acción, en el cual ésta se confunde con el derecho material. Como decía SAVIGNY, uno de sus últimos defensores, la acción es «el derecho en pie de guerra», en actitud defensiva, y no un poder jurídico de carácter exclusivamente procesal y distinto del derecho material. Se encuentran reminiscencias de esta concepción, por ejemplo, en el artículo 349 CC, cuando se dice que el propietario «tiene acción» para reclamar la cosa frente al poseedor<sup>10</sup>.

Una de las grandes aportaciones de la doctrina alemana del siglo XIX fue la superación de este concepto monista de la acción y el paso a la concepción dualista<sup>11</sup>. Esta tesis, derivada de los postulados políticos del constitucionalismo y por tanto de la atribución al Parlamento (con o sin la colaboración del Monarca) del monopolio en la creación del Derecho, con exclusión de la creación judicial del mismo, viene a sostener que es necesario separar los derechos materiales, es decir, las posiciones jurídicas que relacionan a los diversos sujetos (derecho/obligación, pero también deberes, derechos potestativos, cargas, etc.), del proceso como cauce

---

9. En la exposición del concepto de acción se tienen en cuenta los trabajos de GUASP, J.: *La pretensión*, cit., pgs. 49 y ss.; DE LA OLIVA, A.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pgs. 10 y ss.; HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*. Tübingen, 1968, pgs. 4 y ss.

10. También es un resto del modo de pensar monista, probablemente, la referencia a la acción reivindicatoria, o pauliana, o publiciana, o de impugnación de acuerdos sociales, etc. En todos estos casos, el legislador o la doctrina operan como si fuese imposible separar el derecho material y el cauce procesal a través del cual éste es tutelado en vía judicial. Se regulan ambos a la vez, como si el ordenamiento tutelara al titular de esa acción directamente mediante el otorgamiento de la misma, en lugar de mediante el reconocimiento de un derecho material, al servicio del cual se coloca la acción procesal correspondiente.

11. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V.: «La acción, derecho procesal y derecho político», en *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid, 1955, pgs. 61-122 y, en particular, pgs. 64 y ss.; HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pgs. 4-8.

para la averiguación y la realización coactiva de los mismos en caso de conflicto. Las normas sustantivas (los códigos en primer lugar, en ese momento) conceden a los sujetos, directa o indirectamente, derechos, sin ocuparse de su tutela judicial<sup>12</sup>. Las normas procesales, por su parte, regulan el proceso como cauce al que acuden los ciudadanos para obtener la tutela de sus derechos en caso de conflicto, pero sin abordar para nada la regulación de tales derechos.

Los ciudadanos no acceden al proceso por concesión gracieable del Estado, sino en virtud de un derecho reconocido en la legislación procesal y, en su caso, en la Constitución, y a ese derecho de acceso a los Tribunales se le denomina derecho de acción. Se trata de un derecho de carácter procesal (por oposición a los derechos sustantivos o materiales), cuyo ejercicio concreto está sometido a los requisitos y cargas que establezca la legislación. Mientras que en la concepción monista existen tantas acciones como derechos sustantivos (puesto que las mismas sólo son otra vestidura del derecho, que éste adopta cuando es necesario defenderlo o invocarlo en sede judicial), para la concepción dualista el derecho de acción es un derecho único, que faculta para acceder a los Tribunales *en defensa de cualquier derecho material* y también en los casos en que la legislación procesal legitima a determinados sujetos para ser demandantes al margen de la tutela de un derecho subjetivo concreto (acciones populares, por ejemplo).

Si aplicamos este esquema histórico a nuestro Derecho positivo, podemos comprobar que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE supone la constitucionalización del derecho de acción entendido al modo dualista, es decir, como derecho de acceso a la jurisdicción. Se trata, como indica J. GUASP al referirse al concepto de acción, de un derecho pre y extraprocesal, en el sentido de que no se refiere a un proceso concreto, sino a la idoneidad del particular para deducir pretensiones ante los órganos judiciales y alcanzar su satisfacción jurídica a través de una resolución de fondo, ya sea estimatoria o desestimatoria<sup>13</sup>. Y es un derecho sometido al cumplimiento de los requisitos que establezca la legislación procesal,

12. Notemos incidentalmente, por la importancia que tendrá a continuación, que el término empleado en alemán para expresar esta idea, es decir, para designar qué es lo que las normas sustantivas conceden a sus destinatarios, es «Anspruch», frente a la «actio» que les reconocían las normas anteriores o la Jurisprudencia *pretoria* (así en HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pgs. 6-7).

13. Vid. GUASP, J.: *La pretensión*, cit., pgs. 49-54, y FAIRÉN GUILLÉN, V.: «La acción», cit., pgs. 75 y ss. y 87-94. Aunque la distinción entre acción y pretensión en estos autores me parece que sigue siendo la explicación más correcta de la estructura de nuestro contencioso-administrativo, y aunque entiendo que el art. 24.1 CE garantiza el derecho de acción tal y como ellos lo describen, hay que tener en cuenta que tanto GUASP como FAIRÉN operan con un concepto de Constitución no normativa, de modo que los derechos por ella concedidos están supeditados a que el legislador los regule después en normas directamente vinculantes (como se ve en el trabajo de GUASP, pgs. 52-53, y sobre todo en FAIRÉN, pg. 90). El derecho fundamental del art. 24.1 CE no sólo es directamente aplicable (condicionando él a la legislación procesal, en lugar de estar condicionado por ella en su núcleo esencial), sino que tiene un contenido bien definido: no exige simplemente que los Tribunales estén abiertos en general a las pretensiones de los ciudadanos (lo que otorgaría una libertad de configuración inmensa al legislador), sino que exige que otorguen una tutela *efectiva* en todos los casos (al menos) en que el demandante invoca derechos o intereses legítimos.

ya que sólo en ese caso se podrá superar el control de admisibilidad y obtener una resolución judicial sobre el fondo de la pretensión. Es aquí donde se encuentra la principal diferencia entre el genérico derecho de acción teorizado por J. GUASP y el derecho fundamental del artículo 24.1 CE, porque éste no realiza una remisión incondicionada al legislador. En primer lugar, exige expresamente que el sistema de pretensiones permita conseguir la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de «todos», lo que impone, como veremos en el Capítulo IV, una determinada configuración de las pretensiones<sup>14</sup>. En segundo lugar, exige implícitamente (aunque ello no sea el tema específico de este trabajo) que los requisitos procesales que se establezcan por ley no impidan la efectividad de la tutela judicial<sup>15</sup>.

A partir de aquí, parece claro que la LJCA emplea la terminología correcta cuando habla de *pretensiones*, ya sea para referirse a la de anulación, a la dirigida al «reconocimiento de una situación jurídica individualizada», etc., incluidas las pretensiones de condena en sus diversas formas. Tal vez si la LJCA abandonase totalmente la estructura impugnatoria y con ella la expresión «recurso contencioso-administrativo», se debería sustituir esta última por la de *acción* contencioso-administrativa, del mismo modo que se habla de la acción civil o penal<sup>16</sup>. Me parece preferible, en todo caso, hablar de pretensiones de condena y no de acciones de condena, ya que este último uso, aun siendo normalmente inocuo, tiende a ocultar

14. Aquí se encuentra, a mi juicio, una diferencia esencial entre el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y el genérico derecho de acceso a los Tribunales que contenía la Ley Orgánica del Estado de 1967, diferencia que relativiza GONZÁLEZ PÉREZ, J.: en los *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 15. Con independencia del distinto valor jurídico de uno y otro texto legal (derivado, fundamentalmente, de la existencia en el primer caso de una auténtica jurisdicción constitucional) y de la diferencia de ambiente jurídico y político (que J. GONZÁLEZ PÉREZ recuerda expresamente, op. loc. cit.), hay que recordar que el derecho de acceso de la Ley Orgánica del Estado sólo obligaba al legislador a mantener en funcionamiento el sistema judicial y, tal vez, a no establecer discriminaciones arbitrarias entre unos y otros ciudadanos al regular el acceso a los mismos (legitimación). A lo que no se obligaba en absoluto era a admitir y regular todas las pretensiones necesarias para la defensa efectiva de los derechos e intereses legítimos, algo a lo que sí obliga el art. 24.1 CE. Todo ello sin perjuicio de que, como insisto en múltiples lugares de esta obra, la LJCA/1956 ya había dado múltiples pasos en la dirección correcta, que no siempre han sido valorados justamente.
15. Esto da lugar a la aplicación de un *test* de proporcionalidad y razonabilidad a los requisitos establecidos por la legislación procesal, como ha estudiado ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup> R.: *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*. Madrid, 1996, pgs. 120-125 y 377 y ss.
16. En este sentido se ha manifestado recientemente GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 749, nota 6: «Comoquiera que con la expresión “recurso contencioso-administrativo” se designa la facultad de interposición contra determinadas resoluciones de la Administración, el término que ofrece la ciencia procesal para designar a esta facultad es el de acción» (la cursiva es mía). Más adelante añade: «No es necesario insistir a estas alturas acerca de la impropiedad del término “recurso”, por ser la opinión común de nuestra doctrina y de la extranjera». Es una opinión ya sostenida anteriormente por GUASP, J.: «El “derecho de carácter administrativo” como fundamento del recurso contencioso», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (época antigua), 2 (1940), pgs. 11-22, pg. 12, o BALLBÉ, M.: «Jurisprudencia administrativa», *RGLJCA*, LXXXVII (1942), pgs. 422-439, pg. 437. Este último autor da cuenta, en la crónica citada y en la siguiente [publicada en la *RGLJCA*, año LXXXVII (1942), t. 172, pg. 667], de una línea jurisprudencial que hablaba de acción y no de recurso contencioso-administrativo, línea «totalmente acertada, habida cuenta del concepto de “recurso” en buena técnica procesal». Cuestiones como la inadmisibilidad, el plazo de interposición, el desistimiento, etc., que hoy se predicen del recurso contencioso-administrativo, afectan en rigor a la pretensión y no a la acción, como recuerda FAIRÉN GUILLÉN, V.: «La acción», cit., pgs. 75 y 97.

el concepto básico de pretensión y confundirlo con el de acción, que tiene, como hemos visto, unos antecedentes y un significado propios y distintos.

Lo que queda en este epígrafe es poner de acuerdo las conclusiones alcanzadas sobre el Derecho español con la traducción usual de los términos alemanes aplicables, que son «Klage» y «Anspruch». Vaya por delante que no hay en este tema ninguna peculiaridad jurídica nacional, sino únicamente lingüística. Nuestros conceptos de acción y pretensión son tributarios de la tradición europea continental, que en este punto fue elaborada fundamentalmente por la dogmática alemana del siglo XIX, a la que ya he recurrido varias veces en esta exposición. Podría haberse comenzado, incluso, exponiendo el Derecho alemán, pero me ha parecido más adecuado y comprensible partir de nuestras normas positivas.

Las palabras compuestas que se utilizan en alemán para designar las distintas clases de pretensiones, se forman con el sustantivo «Klage»: así la «Anfechtungsklage» que consiste en la impugnación de un acto administrativo para pedir su anulación, la «Verpflichtungsklage» o petición de que se condene a la Administración a dictar un acto administrativo, la «allgemeine Leistungsklage» o pretensión genérica de condena, la «Unterlassungsklage» o petición de que se condene a la Administración a cesar en la realización de una determinada conducta y la «Feststellungsklage» o pretensión declarativa (por enumerar sólo las más importantes). El sustantivo «Klage» se traduce normalmente por «acción», y en el lenguaje usual significa sobre todo «queja». La palabra considerada como equivalente alemana de «pretensión» es «Anspruch». De ello parece deducirse que se debe hablar de *acciones* de condena, con la consiguiente disparidad entre el Derecho alemán y el español<sup>17</sup>.

El problema es que existe una falta de correspondencia entre el significado literal de los términos jurídicos en ambos Derechos, que es necesario aclarar para evitar que una importación directa de la terminología alemana («acciones de condena») introduzca confusión en el Derecho español, para el cual la expresión más correcta es, como ya he dicho, la de «pretensiones de condena». El término alemán «Anspruch» se traduce normalmente como «pretensión», pero alude a un poder jurídico de tipo material más que a la pretensión procesal. Así se desprende de su definición en el §194 del *BGB*, que, al regular la prescripción («Verjährung»), dice que a la misma está sometido cualquier «Anspruch», que es el «derecho a exigir

17. Entre los autores españoles que se han ocupado de la justicia administrativa alemana, se ha pronunciado expresa y motivadamente a favor de esta postura S. GONZÁLEZ-VARAS en *La jurisdicción*, cit., pg. 187, nota 1. A. NIETO empleó también el término «acción» al exponer en 1962 el funcionamiento de la jurisdicción administrativa alemana, en «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *RAP*, 37 (1962), pgs. 88 y ss. Por su parte, MONTORO CHINER, M<sup>a</sup> J.: «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las Leyes. Control jurisdiccional “versus” fracaso legislativo (Análisis en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de inactividad administrativa y legislativa por la “muerte de los bosques” en la RFA)», *RAP*, 110 (1986), pgs. 263-365, habla de acciones pero también de «demanda de inactividad» y de pretensiones (pg. 325).

de otro una acción u omisión (pretensión)»<sup>18</sup>. Con independencia de que este precepto ha tenido entre nosotros un cierto eco en la discusión sobre el objeto de la prescripción extintiva, lo cierto es que, a mi juicio, nadie definiría en Derecho español la pretensión *procesal*, que es de lo que se está hablando aquí, con el derecho a exigir de otro sujeto una acción o una omisión, que es más bien un poder jurídico *material*, al que se puede denominar derecho subjetivo (o facultad, si se quiere).

En cuanto a la palabra «Klage», que se traduce normalmente como «acción» y es la que se utiliza para formar las palabras compuestas que designan los distintos tipos de acciones (de impugnación, de condena, constitutiva, declarativa, etc.), entiendo que su significado jurídico en alemán es lo suficientemente amplio como para que se la pueda traducir a veces como «pretensión», ya que en algunos casos su utilización corresponde al concepto español de pretensión procesal. Si hubiese que dar una traducción única del sentido jurídico de esta palabra, sería «acción», pero no en el sentido (habitual en Derecho español) de derecho o facultad de acceso a los Tribunales, sino para designar la acción que consiste en iniciar el proceso («Klage erheben»), así como el acto en que se plasma ese acudir a la vía judicial («Klage») <sup>19</sup>. A la «Klage» se refieren, en Derecho alemán, algunas figuras que en el nuestro tienen que ver, inequívocamente, con la pretensión: es la «Klage» la que se inadmite, se estima o se desestima; se habla de su fundamento («Klagegrund») y de la petición concreta que se formula («Klageantrag, Klagebegehren») <sup>20</sup>. Hablando con precisión, se distinguen la «Klage» en sí misma y el documento en que se plasma («Klageschrift»). En conjunto, creo que el concepto jurídico español de «pretensión procesal» es la traducción correcta para «Klage» cuando este término se utiliza de forma concreta y para referirse a las distintas posibilidades que tiene a su alcance el demandante en la jurisdicción administra-

18. Un testimonio interesante en este sentido es el de HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pg. 108, donde precisamente a propósito de los derechos *públicos* subjetivos y del acceso de los particulares a la justicia administrativa, contrapone la «Anspruch» como derecho *material* al concepto romano y procesal de «actio».

19. La palabra alemana «Klage», al referirse al acto de pedir (así como a la propia petición procesal) y no a un derecho, se ajusta al concepto gramatical de acción. Sin embargo, y por razones estrictamente jurídicas, a ese significado se hace referencia hoy entre nosotros con el término «pretensión» para evitar confusiones, como explica GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 750. Al referirse a la pretensión, dice: «Este acto fundamental del proceso —que constituye su objeto— es la reclamación que una parte formula frente a otra ante un órgano estatal independiente y supraordenado. Al tratarse de un acto —algo que se hace—, no de un derecho —algo que se tiene—, pudiera ser llamado “acción” —palabra que viene de “agere”—, lo que devolvería al término tradicional su corrección gramatical. Pero, para evitar confusiones, se emplea el término de pretensión procesal, reservando la palabra acción para el poder o derecho —concepto extraprocesal— de promover la actividad jurisdiccional del Estado». Sobre las dificultades de traducción del término «Klage», vid. DE LA OLIVA, A.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pg. 8.

20. Es una cuestión pacífica. Cualquier manual habla de la admisibilidad («Zulässigkeit») y de la estimación o desestimación («Begründetheit/Unbegründetheit») de la «Klage». Por todos, puede remitirse al de HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §§13 y ss. Los términos «Klagebegehren/Klageantrag», referidos a la petición concreta que se formula (por oposición a las alegaciones realizadas para apoyarla) se utilizan ya en la ZPO o Ley de Enjuiciamiento Civil, §253.2, y también en el §88 de la VwGO.

tiva. Si aceptamos (GUASP) que en todo proceso judicial debe existir una pretensión, y, contra lo que estoy proponiendo, hablásemos de *acción* de condena, tendríamos que identificar entonces cuál es la pretensión propia de la acción de condena, lo que constituiría una reduplicación innecesaria<sup>21</sup>.

En definitiva, y siendo a mi juicio más correcto hablar de pretensiones y no de acciones de condena, sí cabría aplicar el término «acción» para designar los

21. En nuestra doctrina, S. GONZÁLEZ-VARAS ha propuesto razonadamente, como ya he dicho, utilizar la expresión «acción de condena» para traducir el alemán «Leistungsklage», y en general hablar de acciones y no de pretensiones, en *La jurisdicción*, cit., pg. 187, nota I: «en la presente obra se habla sin más de acciones para cuando los alemanes emplean el término *Klage* y de *Anspruch* cuando es el de pretensión». Al final de la misma nota se dice, sin embargo, que «en el Derecho español puede hablarse sin más de pretensión prestacional en el sentido de la *Leistungsklage*», lo que no deja de ser contradictorio o al menos demasiado complejo: «*Klage*» se traduce como «acción» (y no como pretensión), pero se emplea el término «pretensión» para referirse a la misma figura en Derecho español. Para ello acude a dos únicos argumentos: la autoridad del (innominado) presentador de la traducción española del libro de WACH, A.: *La pretensión de declaración* (de la cual «se desprende que debe traducirse *Klage* siempre por acción y *Anspruch* siempre por pretensión»), y también para respetar la distinción alemana entre «*Anspruch*» y «*Klage*» («el fin de dar a conocer el Derecho alemán con la mayor exactitud posible obliga a no traducir ambos por “pretensión”»). Entiendo, de todos modos, que la fidelidad a la terminología alemana obliga a tener también en cuenta que para los alemanes, «*Klage*» es un concepto procesal (asimilable a la pretensión) mientras que «*Anspruch*» es, como el propio S. GONZÁLEZ-VARAS recuerda, un concepto material alejado de la idea de pretensión procesal.

Por lo que se refiere al concepto de «*Anspruch*», S. GONZÁLEZ-VARAS da del mismo una idea demasiado reducida al intentar relacionarlo, siempre en la nota a pie de página que estoy comentando, con la pretensión de condena: «La doctrina alemana y la LJCA (§113) emplean esencialmente “*Anspruch*” en relación con la interposición de una “*Leistungsklage*” (o acción prestacional) ante los Tribunales. En este sentido, aquél [se refiere al término “*Anspruch*”] tiene el significado de pretensión para que otro realice un comportamiento activo». El §113 de la «VwGO» no menciona directamente el término «*Anspruch*». En un momento posterior de la misma nota, sin embargo, matiza considerablemente esta opinión y afirma: «Puede encontrarse empero para el contencioso-administrativo, el empleo del término “*Anspruch*” junto a la anulación y a la declaración, más allá de su sentido genuino de derecho a “que se haga por otro”». Como ya nos consta, el §194 BGB define la pretensión en sentido material («*Anspruch*») como el derecho a exigir de otro sujeto *una acción o una omisión* (es decir, el contenido típico de las obligaciones, dar, hacer u omitir), lo que cubre el campo de todas las pretensiones procesales. Cuando un particular ve cómo se vulnera una facultad o «*Anspruch*» que le corresponde, reaccionará judicialmente ante esa lesión deduciendo la pretensión que más se adecúe a sus necesidades: una pretensión de condena si la lesión consiste en un no hacer de la Administración, una pretensión de anulación (constitutiva) cuando la lesión se ha producido mediante el dictado de un acto ilegal, una pretensión declarativa cuando haya consistido en la producción de un acto radicalmente nulo, etcétera.

Por último, y partiendo de la identificación entre «*Klage*» y demanda (que es discutible, porque la demanda como escrito se corresponde más bien con el «*Klageschrift*»; en Derecho alemán se dice que se estima o inadmite la «*Klage*», y el objeto de estimación o desestimación es siempre la pretensión, no la demanda), GONZÁLEZ-VARAS dice que esa identificación «pone de relevancia el hecho de que en cada escrito de demanda se ejercita una pretensión adecuada, a diferencia del Derecho español en el cual se confunden y mezclan las peticiones indiferenciadamente, por referencia a la de anulación, en la misma demanda». Se trata en este caso, en mi opinión, de una de las usuales críticas excesivas al Derecho español y a la LJCA/1956. Además, el Derecho alemán admite con normalidad la llamada acumulación objetiva o «*Klagehäufung*» (§44 VwGO), que consiste en formular varias pretensiones («*Klagebegehren*»), relacionadas entre sí, en la misma «*Klage*» (lo estudian, por ejemplo, HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §13.18 [pg. 239]; KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, München, 1998 [11ª ed.], §44), lo que incluye el supuesto de que se solicite la anulación de un acto y también la condena de la Administración a dictar otro distinto o a indemnizar los daños ocasionados por la aplicación del primero.

distintos cauces procesales que regula la LJCA y que no se corresponden exactamente con pretensiones, pues son vías a través de las cuales se pueden plantear en algunos casos distintas pretensiones: me refiero a la acción de impugnación de actos administrativos, la acción «de plena jurisdicción» (art. 31.2 LJCA) y los recursos contra la inactividad administrativa y la vía de hecho<sup>22</sup>. De este modo se aplica un término específico (acción) a las grandes divisiones del contencioso-administrativo que lleva a cabo la LJCA, de acuerdo con un criterio terminológico seguido también en el Derecho privado, donde se habla de acción para referirse a vías procesales dotadas de un régimen específico y relacionadas con algún sector concreto del Derecho material (acción para la impugnación de acuerdos de sociedades mercantiles, etc.).

### 3. CLASIFICACIÓN DE LAS PRETENSIONES QUE SE PUEDEN DEDUCIR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Se admite con normalidad en la doctrina que la clásica tripartición de las pretensiones en el proceso civil (declarativas, constitutivas y de condena, dejando al margen las ejecutivas) es una clasificación agotadora de las mismas<sup>23</sup>. Aunque la legislación procesal administrativa no se remite a esas categorías sino que utiliza otras propias derivadas del principio revisor, las mismas son aplicables al contencioso, es decir, las pretensiones contencioso-administrativas pueden ser reducidas a alguna de las categorías comunes<sup>24</sup>. Ello permite utilizar el acervo del Derecho procesal común (es decir, fundamentalmente civil) no sólo para cubrir eventuales lagunas (de acuerdo con la disposición final 1ª de la LJCA, que señala a la LECiv como Derecho supletorio), sino incluso como un límite a las especialidades deriva-

22. Como se hace también en Derecho alemán. Así, HÄNNI, P.: *Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung*, Freiburg Schweiz, 1988, pgs. 235-236, tras recordar los tres tipos de pretensiones del proceso civil (declarativa, constitutiva y de condena), dice que para cada uno de estos «Rechtsbegehren» o peticiones, el Derecho procesal administrativo ha establecido determinados «Klagetypen», donde «Klage» equivale al cauce procesal a través del cual debe canalizarse, de acuerdo con la ley, la pretensión. En la justicia administrativa, la formulación de pretensiones no siempre es tan sencilla como en la civil, en la que el demandante simplemente decide qué es lo que pide; aquí hay que tener en cuenta, por ejemplo, si se ha dictado un acto administrativo previo, si se está pidiendo una actuación material, etc., y de ahí que las pretensiones se deban encajar en alguna de la «Klagen» previstas por la Ley, que no siempre se ajustan exactamente a la tripartición de las pretensiones del proceso civil.

23. En este sentido, GUASP, J.: *La pretensión procesal*, cit., pgs. 78-80.  
En la doctrina alemana ha habido, y precisamente en relación con las pretensiones contencioso-administrativas, propuestas de simplificación de este esquema, reduciendo a uno solo varios de los tipos conocidos en la legislación general. Así, para MARTENS, J.: «Die Klagearten im Verwaltungsprozeß», *DÖV* (1970), pgs. 476-482, el sistema de acciones es demasiado complejo y obliga a los abogados y a los magistrados a dedicar demasiado tiempo a elegir la acción correcta, en lugar de centrarse en la relación jurídica discutida. Este autor ha propuesto calificar como declarativas tanto las pretensiones declarativas en sentido estricto como aquellas en que se impugna un acto y las de condena dirigidas también a la obtención de un acto administrativo.

24. Sobre la clasificación de las pretensiones contencioso-administrativas, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 763; GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 276 y ss.

das del principio revisor, que no podrán llegar a desfigurar completamente esas pretensiones o a hacer totalmente irreconocible su vinculación con la clasificación genérica de las pretensiones procesales<sup>25</sup>.

En nuestro Derecho, la LJCA regula (aunque sea indiciariamente) todas las posibles pretensiones que se pueden deducir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En esto se diferencia, por ejemplo, de la VwGO alemana, que sólo contiene una regulación específica de las acciones más características del proceso administrativo, las que tienen por objeto actos administrativos (ya sea para impugnarlos o para pedir que se condene a la Administración a dictarlos) o reglamentos<sup>26</sup>. El resto de las acciones (sobre todo la declarativa y las pretensiones de condena no dirigidas a la producción de actos administrativos) se rigen por la Ley de Enjuiciamiento Civil o ZPO, análogicamente aplicada.

En Derecho español esto no es posible ni necesario, por dos razones. En primer lugar, porque la LJCA pretende agotar esta materia y señalar exhaustivamente todas las vías de acceso al contencioso-administrativo<sup>27</sup>. Partiendo de un estadio inicial en el que toda pretensión debía ser deducida en relación con un acto administrativo, la LJCA/1998 ha ampliado el catálogo de formas de actividad administrativa que pueden ser soporte de pretensiones contencioso-administrativas, ampliación cuyo presupuesto necesario es que sólo a través de una de esas vías puede accederse a este orden jurisdiccional. Por otro lado, algunas de las acciones reguladas (o al menos contempladas) por la LJCA tienen un ámbito muy abierto, que permite utilizarlas como cauce para el planteamiento de pretensiones que no tienen un encaje determinado. Es el caso, sobre todo, de la llamada acción de plena

25. J. GONZÁLEZ PÉREZ afirma que, en numerosos países, «[l]a posición de prerrogativa de las Administraciones públicas ha determinado la imposibilidad de admitir en el proceso administrativo los tipos de pretensión que se dan en el proceso civil. (...) No es el caso de la Ley española. A tenor de nuestras leyes, se puede pretender contra los Tribunales frente a una Administración pública lo mismo que podría pretenderse frente a cualquier otro sujeto de Derecho. Y los Tribunales, por tanto, podrán, para satisfacer aquellas pretensiones, hacer los mismos pronunciamientos que frente a una persona no investida de prerrogativas» (*Comentarios*, cit., vol. I, pg. 764).

26. El sistema de pretensiones de la jurisdicción administrativa alemana se estudia infra, en el epígrafe 7 de este capítulo. Las acciones relativas a actos administrativos («Verpflichtungs-/Anfechtungsklage») se regulan sobre todo en los §§42 y 113 de la VwGO. Respecto al recurso contra reglamentos («Normenkontrolle»), su disciplina básica está en el §47.

27. Defiende esta tesis, con referencia al Proyecto que dio lugar a la actual LJCA, M. GARCÍA PÉREZ: en «El objeto del proceso contencioso-administrativo», incluido en GARCÍA PÉREZ, M. (coordinadora): *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*. La Coruña, 1998, pgs. 47-80 (pgs. 64-65): la clasificación de las pretensiones (arts. 31-33 en relación con los arts. 25-30) «introduce un sistema cerrado o de "numerus clausus" de pretensiones, cuando la práctica ha demostrado que la realidad es tan cambiante y tan sorprendente que siempre podrá surgir una pretensión de difícil encaje en alguno de los cuatro supuestos anteriores. Sería descabido que la Exposición de Motivos de la nueva LJCA dejase clara la idea del sistema abierto de pretensiones, que no se delimitase el tipo de pretensiones a ejercitar, o que se hiciese mediante fórmulas más genéricas o flexibles. Deberían admitirse, sin más complicaciones, las clásicas pretensiones: a) constitutivas (creación, modificación o extinción de una relación jurídica); b) declarativas (clarificación de una situación jurídica); y c) prestacionales (consecución de una prestación de hacer -frente a una inactividad- o no hacer -frente a una vía de hecho-).».



jurisdicción, es decir, la que se deduce en relación con un acto administrativo y en la que se pide el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma<sup>28</sup>. Esta acción es lo suficientemente amplia como para acoger todas las pretensiones de condena que no quedan incluidas en el (estrecho) ámbito del recurso contra la inactividad ni en el específico de la acción frente a la vía de hecho.

Si aplicamos el esquema del Derecho común a las distintas acciones del contencioso-administrativo, nos encontramos en primer lugar con las pretensiones constitutivas, es decir, aquellas en que se solicita del órgano judicial que lleve a cabo una transformación de la realidad jurídica en interés del demandante, que produzca efectos por sí misma sin necesidad de ninguna conducta de cumplimiento por parte del demandado o de una actividad ejecutiva. Son constitutivas las acciones dirigidas a la anulación de un acto administrativo *anulable*, ya que la nulidad relativa o anulabilidad no priva al acto de validez o eficacia, y por tanto éste sólo deja de producir efectos como consecuencia de un acto dirigido específicamente a ello, ya se trate de una resolución judicial o, hasta la Ley 4/1999, de la resolución que ponga fin a un procedimiento administrativo de revisión de oficio. Este tipo de pretensiones constitutivas pueden ser formuladas por los sujetos afectados por el acto administrativo o por la propia Administración autora del mismo, cuando la única vía para obtener su revisión sea el recurso de lesividad.

El privilegio de autotutela (así como su corolario, el principio de decisión previa) reserva a la Administración la facultad de producir por sí misma, sin necesidad de previa intervención judicial, todas las transformaciones jurídicas previstas por el Derecho público<sup>29</sup>. La Administración puede producir unilateralmente todo tipo de actos que afectan directamente a la esfera jurídica de los particulares, para lo que sólo en algunos casos necesita el consentimiento de éstos (se trata de los actos necesitados de colaboración o «mitwirkungsbedingte Verwaltungsakte»). A su vez, los particulares, antes de poder acudir a la vía judicial, deben solicitar previamente a la Administración que actúe y atienda sus solicitudes. Ello restringe el campo de las pretensiones constitutivas en el contencioso-administrativo, si dejamos al margen las de impugnación de actos. La Administración no necesita acudir a ellas, puesto que, o bien puede actuar unilateralmente incluso contra la voluntad del particular, o bien el consentimiento de éste es totalmente necesario y no puede

28. Ésta es una conclusión unánime a la vista del actual art. 31.2 LJCA y del art. 42 de la LJCA/1956. Así, ESCUSOL BARRA, E. y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 353, dicen que «los recurrentes pueden, al articular sus peticiones de anulación y plena jurisdicción, esgrimir libremente cualesquiera pretensiones (declarativas, constitutivas, de condena o de ejecución) en el proceso contencioso-administrativo, en defensa de sus derechos e intereses legítimos».

29. De hecho, con mucha frecuencia una ley especial «administrativiza» una determinada materia y el vehículo para ello es justamente habilitar a la Administración para producir mediante actos administrativos los mismos efectos jurídicos que en el régimen común se derivan de una Sentencia constitutiva. Así ocurre con las servidumbres forzosas por causa de utilidad pública (así las reguladas en la Ley de Aguas) frente a las servidumbres forzosas por causas de interés particular reguladas en los arts. 551 y ss. del CC.

ser sustituido por una sentencia judicial<sup>30</sup>. En cuanto a los particulares, en aquellos casos en que la Administración no atienda sus peticiones y deban acudir a la vía judicial, se les satisfará normalmente a través de una *sentencia de condena* y no de una sentencia constitutiva. Es decir, ante la inactividad o negativa injustificadas de la Administración la resolución judicial procedente será una sentencia que ordene a la Administración, por ejemplo, otorgar una licencia urbanística u homologar un título académico extranjero, y no una sentencia que, entrando directamente a realizar funciones administrativas, conceda la licencia o la homologación<sup>31</sup>. La sentencia de condena, por tanto, hace innecesario también en este caso recurrir a la constitutiva<sup>32</sup>.

30. Una de las escasas excepciones a esta regla es la necesidad de obtener autorización judicial para la entrada en el domicilio al objeto de ejecutar actos administrativos, actualmente regulada en el art. 8.5 LJCA. Es uno de los pocos supuestos en que una resolución judicial permite superar la negativa del particular. Sobre el tema, vid. NIETO, A.: «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *RAP*, 112 (1987), pgs. 7-60.

31. Para una justificación de esta regla, que se apoya tanto en la legislación como en la Jurisprudencia y en el ejemplo del Derecho alemán, vid. *infra*, el Capítulo XII.

32. En este punto, realmente capital en la construcción de las pretensiones de condena (y que será analizado con detalle en el Capítulo XII), J. GONZÁLEZ PÉREZ parece defender una postura distinta, aunque un examen atento de los textos acaba desmintiendo esta impresión. Al estudiar las pretensiones constitutivas (*Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 769 y ss.), dice que las mismas «son el supuesto normal en el proceso administrativo, siempre y cuando se reconozca al propio Tribunal potestades para producir este efecto directo». Esta última es, como se ve fácilmente, una condición que determina completamente la construcción de las pretensiones constitutivas, y que sin embargo no se aclara de modo expreso en la obra citada. Tras calificar a las pretensiones anulatorias como constitutivas (igual que he defendido en el texto), afirma que «si lo que se pretende no es simplemente la anulación del acto y consiguiente extinción de las relaciones jurídicas, la pretensión —y subsiguiente sentencia estimatoria— puede determinar la creación o la modificación de la relación jurídica» (pg. 769). Existirían, por tanto, pretensiones constitutivas distintas de la anulatoria, contra lo que he venido afirmando en el texto.

En algunos puntos parece que esta divergencia es sólo aparente, y que deriva de entender las pretensiones de condena (al menos implícitamente) como constitutivas. Así se desprende del siguiente texto (pg. 771): «En los Ordenamientos jurídicos, como el español, en que el Juez administrativo tiene potestades para anular el acto administrativo y, además, reconocer, modificar o extinguir la relación jurídica, la Sentencia será constitutiva y producirá directamente efectos en las relaciones jurídico-materiales. Y aunque el demandante se hubiere limitado a demandar la anulación del acto del que deriva una relación jurídica —v. gr., licencia de construcción—, la Sentencia estimatoria llevará implícita la *condena* a que desaparezca la situación jurídica —y sus consecuencias materiales—» (la cursiva es mía). Parece que se defiende que las Sentencias contencioso-administrativas son constitutivas en cuanto pueden contener, más allá de la anulación, pronunciamientos de condena. Ciertamente, se puede entender, pensando al modo kelseniano, que toda sentencia es constitutiva ya que altera la realidad jurídica, pero si se parte de la tripartición de las pretensiones en declarativas, constitutivas y de condena, las pretensiones de condena *no* son constitutivas, sino que son otra cosa.

El núcleo del problema de si caben pretensiones constitutivas distintas de la anulatoria está en si el órgano judicial que constata que la Administración está obligada a dictar un determinado acto, debe condenarla a emitirlo o puede «dictarlo» él mismo. Materialmente, nada impediría al juez optar por esta segunda hipótesis, para la que no precisa de ninguna colaboración de la Administración, puesto que el acto es una declaración de voluntad y no una actuación. J. GONZÁLEZ PÉREZ reconoce que ahí está el centro del problema, como muestran el texto antes citado de la pg. 769 y también éste, de la pg. 770: «para que pueda hablarse de una Sentencia administrativa constitutiva es necesario que la modificación de la relación jurídica sea un efecto directo de la Sentencia, que la Sentencia en sí misma produzca la modificación de la realidad jurídica. Lo que, por supuesto, todavía no ha sido reconocido al Juez en muchos Ordenamientos. Pues todavía existen ordenamientos en que las potestades del Juez se limitan a la simple anulación del acto y a la declaración del reconocimiento de la relación jurídica o

En cuanto a las pretensiones declarativas, su campo más característico son los recursos dirigidos contra actos administrativos nulos de pleno derecho. De acuerdo con la teoría general de las nulidades, los vicios que aquejan a estos actos les privan de eficacia «ipso iure», por lo que la intervención judicial sólo es necesaria para eliminar su apariencia de validez, y es por tanto de carácter declarativo<sup>33</sup>. En la práctica judicial las cosas no son tan sencillas como da a entender este esquema, basado estrictamente en la teoría de las nulidades. No siempre es fácil calificar una concreta causa de invalidez y determinar si produce la nulidad absoluta o relativa del acto. Además, lo que interesa al recurrente es que se prive de efectos al acto, y para ello le resulta indiferente, en la mayoría de los casos, que la causa de esa ineficacia sea un vicio de nulidad absoluta o de simple anulabilidad<sup>34</sup>. Cuando se formula una pretensión impugnatoria de un acto administrativo, en la que se deducen vicios de nulidad y de anulabilidad (o simplemente múltiples causas de ilegalidad del acto, sin calificarlas necesariamente en uno u otro apartado), el demandante actúa como si estuviese ejerciendo una sola pretensión. Parece un tanto forzado ver aquí dos pretensiones acumuladas. De hecho, las sentencias que estiman el recurso por aceptar *una* de las causas de ilegalidad denunciadas (rechazando las restantes) no se consideran sentencias parcialmente desestimatorias, como se puede comprobar, por ejemplo, a efectos de costas. La solución más correcta a este problema parece ser la del Derecho alemán, en el que se puede ejercer la acción impugnatoria («Anfechtungsklage») también contra actos nulos («nichtigkeit») <sup>35</sup>. Por tanto, cuando el particular impugne un acto administrativo nulo lo hará normalmente a través de una pretensión constitutiva. Incluso en el caso de que, una vez transcurrido el plazo de impugnación del acto, el perjudicado por el mismo interponga una acción de nulidad y acuda a la vía judicial ante la denega-

de cómo debe quedar conformada ésta». ¿Cuál es la respuesta a este interrogante básico? En la pg. 771 afirma de pasada que en nuestro Derecho «el Juez administrativo tiene potestades para (...) reconocer, modificar o extinguir la relación jurídica, [por lo que] la sentencia será constitutiva». En la 773 se habla de una «sentencia constitutiva que reconoció unos derechos a los demandantes», lo que hace referencia más bien a una sentencia *declarativa* de un derecho discutido y condenatoria a la Administración a darle efectividad [art. 71.1 b) LJCA]. Y más adelante (pg. 775) acaba diciendo que «será necesaria la pretensión de condena –no bastará la puramente constitutiva– cuando la tutela jurisdiccional requiere necesariamente una prestación de la Administración demandada», y que por tanto, «como regla general, las pretensiones que se formulan en el proceso administrativo, como las que se formulan en el proceso civil, son pretensiones de condena», lo que (si se interpreta prestación en sentido genérico, incluyendo también los actos administrativos) supone una conclusión bastante cercana a la que defiende en el texto.

33. En este sentido, GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 276-278.
34. La excepción está constituida, naturalmente, por la acción de nulidad y la extinta revisión de oficio de actos anulables, donde la clase de nulidad que afecta al acto determina el plazo de que se dispone para obtener su revisión.
35. En este sentido, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §42.2 (pg. 293). Al explicar la «acción de anulación», GONZÁLEZ-VARAS, S. explica que la misma «comprende tanto la anulabilidad como la nulidad del acto administrativo» (*La jurisdicción*, cit., pg. 195). Esta posibilidad es un plus para el particular demandante, porque el §43 VwGO, que es el que regula la pretensión declarativa, admite expresamente que a través de ella se solicite la declaración de que un acto es radicalmente nulo.

ción expresa o presunta de su solicitud, lo hará formulando una pretensión constitutiva de anulación (respecto al acto por el que se deniega la acción de nulidad) acompañada de otra declarativa de la nulidad radical del acto originariamente impugnado.

Al margen de este problema dogmático respecto a la nulidad radical, se ha visto como una consecuencia más de la concepción revisora del contencioso, y especialmente de su exacerbación jurisprudencial, la inadmisibilidad de las pretensiones puramente declarativas en el contencioso-administrativo<sup>36</sup>. La Administración está facultada para intervenir en cualquier asunto jurídico-público antes de que lo hagan los Tribunales, y por ello éstos tienen como función, según esta tesis jurisprudencial, revisar los actos administrativos, no prejuzgar actuaciones administrativas futuras.

El particular que aspira a que se aclare determinada relación o situación jurídica no puede acudir directamente a la Jurisdicción Contenciosa y formular una

36. En este sentido, FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Madrid, 1998, pgs. 191-193. Para GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup> I.: *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo (especial consideración de los intereses legítimos colectivos)*. Valencia, 1997, pg. 64, «[s]alvo que se invoque la nulidad de pleno derecho del acto impugnado (art. 62.1 de la LJCA), no podrían encontrarse pretensiones mero declarativas, ya que siempre habría que partir de la previa anulación del acto o disposición».

De todas formas, si se profundiza en las sentencias que rechazan la posibilidad de que se formulen pretensiones meramente declarativas, se observa en ellas una variedad de situaciones que impide en muchos casos su simple reconducción al tópico del carácter revisor. Así, en algunos casos lo que se rechaza es que el representante de la Administración demandada deduzca en la contestación a la demanda o en el recurso de apelación una pretensión declarativa, lo que nos remite a un problema distinto, el de la reconvencción y la irrevocabilidad de actos favorables (así, dos Sentencias de 13 de enero de 1992 sobre reconocimiento de títulos [RJ 1992, 554 y 1341]). En otros supuestos, la sentencia inadmite la pretensión declarativa por no haberse formulado antes en vía administrativa, de modo que hay que entender que el carácter declarativo de una pretensión no implica por sí mismo su inadmisibilidad (Sentencias de 29 de diciembre de 1986 [RJ 1987, 1673], 26 de diciembre de 1991 [RJ 1992, 365] y también la de 6 de marzo de 1981 [RJ 1981, 932], aunque aquí se dan más elementos). En algunas Sentencias, el razonamiento judicial contrario a las pretensiones declarativas se refiere más bien a la falta de legitimación del recurrente, pues a lo que el Tribunal se niega es a razonar en abstracto sobre la legalidad de un acto que en realidad no ha causado daños al demandante (Sentencia de 28 de mayo de 1984 [RJ 1984, 3136]). En la Sentencia de 1 de julio de 1985 (RJ 1985, 4927), el Tribunal se niega a realizar el pronunciamiento declarativo solicitado porque sería incompetente para ello, al tratarse de una cuestión civil. En otro ejemplo, la Sentencia de 29 de marzo de 1979 (RJ 1979, 1851), el Tribunal sí entra al fondo del asunto y en realidad hace una declaración negativa de derechos, aun envuelta en una confusa argumentación que rechaza las Sentencias meramente declarativas.

En realidad, y como se puede comprobar claramente en la Sentencia de 6 de marzo de 1981 (RJ 1981, 932), se mezclan dos cuestiones: la admisibilidad de las pretensiones (y sentencias) meramente declarativas, y la de un caso especial, las pretensiones declarativas preventivas, es decir, con las que se quiere obtener una sentencia que prohíba a la Administración llevar a cabo una determinada conducta en el futuro, pretensiones que el Derecho alemán tiene perfectamente identificadas en la categoría jurídica de la «vorbeugende Feststellungsklage». El principio revisor, correctamente interpretado, no impide la formulación de pretensiones declarativas, aunque obliga a plantearlas antes en vía administrativa y a deducirlas en relación con la impugnación del acto denegatorio. Respecto a las pretensiones preventivas, su admisibilidad (teórica, ya que la Jurisprudencia española las rechaza) depende de otros requisitos y, en especial, de la concurrencia de un interés legitimador en el demandante, interés que ha de consistir en que, de permitirse a la Administración llevar a cabo la conducta que se quiere

pretensión declarativa, sino que tiene que plantear antes su petición ante la Administración. Si ésta la estima, no habrá lugar al recurso contencioso-administrativo. El particular habrá obtenido un acto administrativo que le da la razón y que, al ser favorable, sólo podrá ser revisado limitadamente por la Administración, lo que supone una cierta tutela, si bien inferior a la que le habría deparado una sentencia estimatoria de su pretensión declarativa. Si la Administración desestima expresa o presuntamente la solicitud, el particular podrá interponer recurso contencioso-administrativo, pero entonces la pretensión no será meramente declarativa, sino constitutiva, porque incluirá la pretensión de que se anule el acto que haya denegado su solicitud<sup>37</sup>.

La LJCA/1998 ha mantenido el principio revisor, al entender probablemente que el mismo no es una consecuencia de un modo superado de concebir el contencioso-administrativo, sino más bien un corolario de la autotutela, que es una institución plenamente vigente. El principio revisor sólo exige dar a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre cualquier petición del particular antes de que éste pueda acudir a los Tribunales y plantear ante ellos esa pretensión. En este sentido, toda demanda contencioso-administrativa tiene como antecedente una denegación administrativa y por tanto tiene un componente impugnatorio, es decir, no es meramente declarativa<sup>38</sup>. Pero ya la LJCA/1956 admitió que se dedujera cualquier pretensión, siempre que se hiciera en relación con un acto administrativo. Por ello son perfectamente posibles las pretensiones meramente declarativas a pesar del principio revisor, siempre que se hayan planteado previamente en vía administrativa<sup>39</sup>. Las pretensiones meramente declarativas tendrán que canalizarse

vedar con la sentencia preventiva, se producirían daños que no se podrían reparar «a posteriori» con una pretensión meramente anulatoria.

37. Como sostienen también GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 276-278. Por tanto, sólo habrá dos situaciones en las que la Sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo deba contener únicamente pronunciamientos declarativos. Por un lado, cuando se declare la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, porque en este caso no es necesario anularlo. En segundo lugar, cuando el particular haya solicitado a la Administración que le reconozca un determinado derecho y la Administración no haya dictado una resolución expresa. En esta última situación, si el Tribunal estima la pretensión dictará una sentencia declarativa que reconozca ese derecho pero no necesitará anular ningún acto denegatorio, puesto que las denegaciones presuntas no son actos en sentido estricto y por tanto no es necesario anularlos. Ésta era la posición original de la Ley de Procedimiento Administrativo respecto al silencio administrativo negativo (art. 94) que el legislador ha vuelto a retomar en la Ley 4/1999, de reforma de la LRJ-PAC (art. 43.3, párr. 2º).
38. La LJCA/1998 ha pretendido reducir este componente impugnatorio de las pretensiones contencioso-administrativas al introducir los recursos contra la inactividad administrativa y la vía de hecho. Aunque también en estos casos es necesario plantear previamente la cuestión en vía administrativa, la Ley entiende que la eventual respuesta administrativa (expresa o presunta) no es un acto administrativo, y que no es necesario calificarla como acto administrativo para acceder al contencioso. Como resultado, el recurso no tiene por objeto, ni siquiera parcial, la impugnación del acto, sino que el enjuiciamiento se centrará desde el principio en las demás pretensiones, del mismo modo que en un pleito civil contra la Administración la eventual respuesta de ésta a la reclamación gubernativa previa es un presupuesto procesal, pero en ningún momento objeto del proceso o de la pretensión.
39. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 765-766: «La pretensión será propiamente declarativa si el acto administrativo objeto del “recurso contencioso-administrativo” se hubiese dictado como consecuencia de una petición ante la Administración en que se

en la acción de plena jurisdicción (art. 31.2), es decir, como pretensiones deducidas en relación con un acto administrativo (el que deniega la petición declarativa dirigida a la Administración) y dirigidas a que se declare una determinada situación jurídica que afecte al demandante («reconocimiento de una situación jurídica individualizada»)<sup>40</sup>.

En los demás casos (acción impugnatoria y recursos contra la inactividad y la vía de hecho), la pretensión declarativa (es decir, que se declare la ilegalidad del acto impugnado, o de la inactividad administrativa, o de la actuación en vía de hecho) es sólo un presupuesto de la pretensión realmente deducida (constitutiva y de condena, respectivamente), totalmente dependiente de ella.

No hay que olvidar, por otro lado, que existe un componente declarativo en todas las acciones de anulación de actos administrativos, especialmente cuando el acto se impugna con base en su ilegalidad material y no sólo por motivos formales. El demandante no solicita únicamente que se anule el acto recurrido, sino que se declare (implícitamente y como base de la anulación) que un acto que tenga ese contenido es, si se mantiene el estado de cosas fáctico y jurídico que ha dado lugar al proceso, contrario a Derecho. Si la sentencia se limita a anular el acto impugnado, pero no se pronuncia directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, la Administración podrá volver a dictar un acto con el mismo contenido, una vez depurados los vicios formales (como sucede con las sentencias que se limitan a declarar la «nulidad de actuaciones»). Cuando la sentencia estimatoria se pronuncia sobre el fondo del asunto, no sólo produce por sí misma un efecto anulatorio sobre el acto impugnado, sino que contiene una declaración que vincula a la Administración con la eficacia característica de la cosa juzgada y le impide volver a dictar un acto con ese contenido<sup>41</sup>.

---

solicitará de ésta, pura y simplemente, una declaración acerca de la existencia o inexistencia de una situación jurídica». TRUJILLO PEÑA, J. y C. QUINTANA REDONDO y J. A. BOLEA FORADADA: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo* (2 vols.). Madrid, 1965, vol. I, pgs. 695-697, ponen en duda la admisibilidad de las pretensiones meramente declarativas, pero aplicando esta denominación a los casos en que el demandante pide que se declare que el acto impugnado no es conforme a derecho pero no que sea anulado. La Sentencia de 19 de diciembre de 1973 (RJ 1973, 5169) es un ejemplo de que durante la vigencia de la LJCA/1956 se admitían y estimaban pretensiones declarativas, aunque en muchos casos la jurisprudencia lo negase categóricamente. La Sentencia declara que determinado contrato, celebrado entre la demandante y la Administración, es revisable «siempre que se den y se cumplan en el caso los requisitos que la Ley exige para ello». Es decir, se aclara el contenido de una relación jurídica sin que se haya producido todavía el hecho que permita extraer pretensiones concretas de esa relación, es decir, antes y al margen de que se den las circunstancias que permiten solicitar la revisión de precios. «A contrario», la Sentencia de 12 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2215) establece que no caben en las sentencias pronunciamientos declarativos de derechos *que no deriven de la anulación del acto impugnado*.

40. Por otro lado no hay que olvidar que, como indica BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Zugleich eine Untersuchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes*, Tübingen, 1968 (2ª ed.), pgs. 59-61, una pretensión de condena puede dar lugar a que se dicte una Sentencia *declarativa* cuando el acto administrativo solicitado por el particular y omitido o denegado por la Administración sea declarativo. En estos casos, el pronunciamiento declarativo contenido en la sentencia estimatoria sustituirá al omitido por la Administración.

41. Sobre este elemento declarativo de las Sentencias dictadas en procesos de impugnación de

En cuanto a las pretensiones de condena, ya se ha explicado que a través de ellas se pide al órgano judicial que ordene a la Administración demandada la realización de una determinada conducta, ya sea ésta una actuación material o el dictado de un acto administrativo o un reglamento<sup>42</sup>. Estas pretensiones encajan en varias de las acciones reguladas en la LJCA. Se pueden deducir pretensiones de condena en relación con actos administrativos a través de la acción de plena jurisdicción del artículo 31.2 LJCA. En ellas se pedirá, o bien la indemnización de los daños causados por la ejecución del acto impugnado, o bien que se condene a la Administración a otorgar aquello que se le hubiera solicitado y que ésta hubiera denegado precisamente a través del acto que en ese momento se impugne. A través de esta acción se podrá pedir cualquier clase de condena, ya tenga ésta por objeto el dictado de un acto o de una norma o la realización de una actividad material.

También es posible articular las pretensiones de condena a través de los recursos contra la inactividad administrativa y contra la vía de hecho (arts. 29 y 30 LJCA). Respecto al primero de ellos, es claro que su única virtualidad es justamente la de servir como soporte de pretensiones de condena, dirigidas específicamente a la obtención de prestaciones materiales de parte de la Administración. Lo único que importa subrayar en este momento, adelantando ideas que se expondrán detenidamente en el Capítulo VII, es que esta novedosa acción no es la única vía para la

---

actos administrativos, vid. BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid, 1982, pg. 147, nota 68. Es este pronunciamiento declarativo implícito, que se beneficia de la fuerza de cosa juzgada, el que explica la prohibición que pesa sobre la Administración de volver a dictar actos con el mismo contenido que el anulado. La STC 71/1991 (F. 4), relativa a las pretensiones declarativas, afirma: «Como destaca la doctrina, todas las Sentencias que deciden el mérito de una causa contienen también una declaración sobre la relación jurídica a que se refiere el juicio, que es la necesaria premisa para cualquier otra decisión constitutiva o de condena». En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 427-428.

En la doctrina alemana, vid. el comentario de K. A. BETTERMANN a la Sentencia del BVerwG de 30 de abril de 1971, *DVB1*, 88 (1973), pg. 376: las pretensiones declarativas y las de condena «no se encuentran mutuamente en una relación de ajenidad, sino de “minus” a “minus”. Toda sentencia que puede desplegar el efecto de cosa juzgada material es también una sentencia declarativa. También la sentencia de condena, la condena, contiene la declaración de que el derecho que se ha hecho valer o la obligación del demandante, existe y es exigible; y la sentencia constitutiva encierra la declaración de que el derecho de configuración que el demandante ha invocado le corresponde. Las llamadas sentencias declarativas son Sentencias puras, limitadas a la declaración, cuyo único efecto vinculante es la cosa juzgada material. Las Sentencias de condena contienen también una condena y producen (además) efecto ejecutivo, y las Sentencias constitutivas producen además del efecto de cosa juzgada un efecto constitutivo». Vid. también, en el mismo sentido, BETTERMANN, K. A.: «Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage», *DVB1*, 74 (1953), pgs. 163-168 y 202-203; BACHOF, O.: *Die Klage auf Vornahme*, cit., pg. 56; HÄNNI, P.: *Die Klage auf Vornahme*, cit., pg. 236; KELLNER, H.: «Besinnung auf die Anfechtungsklage. Ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen Ablehnungsbescheide», *MDR*, 22 (1968), pgs. 965-970 (pg. 966).

El art. 71.1 b) LJCA pone de manifiesto ese componente declarativo de las sentencias de condena, al indicar que la sentencia estimatoria, por un lado, reconocerá la situación jurídica individualizada del demandante, y por otro adoptará las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

42. Sobre lo que ellos llaman (teniendo en cuenta ese elemento declarativo implícito) «pretensiones declarativas de condena», vid. GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pg. 278.

obtención de sentencias de condena, es decir, las pretensiones de condena no tienen que caber necesariamente en los estrechos límites de esta acción.

Por lo que se refiere al recurso contra la vía de hecho, su función es también la de obtener una condena dirigida a la Administración, una condena cuyo contenido será parcialmente negativo y consistirá en el cese de la actuación iniciada en vía de hecho, así como la reparación de sus efectos dañosos.

#### 4. LOS ELEMENTOS DE LAS PRETENSIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A SU FUNDAMENTO

Para definir una pretensión procesal y para que ésta pueda cumplir adecuadamente su función delimitadora del objeto del proceso, no basta con fijarse en el tipo de pronunciamiento que se pide al órgano jurisdiccional. Ese dato servirá para clasificar la pretensión como declarativa, constitutiva o de condena, pero no para distinguirla de otras pretensiones del mismo tipo o para definir el ámbito objetivo de la sentencia. Para ello es necesario tener en cuenta, además del «petitum», la «causa petendi» o fundamento de la pretensión<sup>43</sup>.

El término «fundamento» (lo mismo que su equivalente, la «causa petendi») no tiene en este contexto ningún contenido argumental o causal. El fundamento de la pretensión no es el conjunto de argumentos jurídicos en que ésta se apoya y que serán objeto de discusión en el proceso. Estos argumentos son las *alegaciones*. El fundamento de la pretensión es más bien el contexto jurídico en que se produce la petición, la relación jurídica de la que ésta se deriva y que sirve para distinguir esa concreta pretensión de otras posibles pretensiones que, aun teniendo el mismo contenido (el mismo «petitum»), se refieran a una relación jurídica distinta, es decir, en el fondo, a un conflicto de intereses diferente entre las mismas partes procesales<sup>44</sup>.

43. Vid. GUASP, J.: *La pretensión*, cit., pgs. 71-72; *Derecho procesal civil*. Madrid, 1968 (3ª ed.), vol. I, pgs. 226-227, así como, con referencia al proceso administrativo, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 784; GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 271 y ss.

44. La relevancia del concepto de «causa petendi» o fundamento en la construcción institucional de la pretensión procesal se puede percibir con claridad yendo a una de las principales aplicaciones de este último concepto: la determinación del ámbito de la cosa juzgada. El efecto de cosa juzgada material de las sentencias se extiende a la pretensión que se haya deducido en ese proceso. Lo que ese efecto impide es que la misma pretensión vuelva a ser discutida en otro proceso (vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. II, pg. 1278; BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las Sentencias*, cit., pgs. 126 y ss.). Para que esto tenga sentido, la pretensión tiene que ser algo más que el «petitum». No sería razonable que una sentencia que desestima una demanda por la que un particular reclama 50.000 pesetas a otro, le impida presentar en el futuro cualquier otra reclamación de esa misma cantidad. Para delimitar correctamente la pretensión habrá que incluir entonces su *fundamento*, es decir, por seguir con el ejemplo, la relación arrendaticia en la cual el demandante entregó 50.000 pesetas al demandado en concepto de fianza, que es la cantidad a cuya devolución cree tener derecho en virtud de una serie de hechos (por ejemplo, la resolución del contrato). Lo que la cosa juzgada impedirá al demandante será volver a demandar esa cantidad como fianza arrendaticia y en función de los mismos hechos (la resolución del contrato), pero no, obviamente, reclamarle 50.000 pesetas por otro concepto: responsabilidad extracontractual, otra relación contractual o incluso el mismo arrendamiento siempre que se base en otros hechos.



El fundamento de la pretensión tiene un tratamiento especial en el proceso contencioso-administrativo, a partir de la división de las pretensiones en anulatorias (incluyendo aquí las dirigidas a la impugnación de actos radicalmente nulos) por un lado, y pretensiones de condena y meramente declarativas por otro. Las pretensiones anulatorias están suficientemente delimitadas por su relación con el acto administrativo impugnado<sup>45</sup>. Por ello, no es necesario especificar su fundamento. O, lo que es lo mismo, el fundamento de la pretensión es la falta de ajuste entre ese acto y el ordenamiento jurídico. No es necesario concretar el motivo de ilegalidad que se invoca para apoyar esa pretensión de anulación. Ello quiere decir que cualquier razonamiento jurídico del recurrente en el que se alegue una causa de ilegalidad concreta será una simple *alegación*, que no delimitará el objeto del proceso. El órgano judicial podrá utilizar otros argumentos jurídicos, no incluidos por el recurrente en la demanda, para estimar la pretensión, lo que no ocurriría si las alegaciones contribuyesen a delimitar la pretensión, pues ésta vincula al órgano jurisdiccional (art. 33 LJCA).

En las pretensiones de condena, en cambio (y lo mismo habría que decir de las puramente declarativas), es necesario delimitar la «causa petendi». Si se solicita a la Administración el pago de una cantidad de dinero, es necesario indicar cuál es el título de esa petición, pues de otro modo ni es posible el enjuiciamiento ni se puede concretar el objeto del proceso, con las múltiples implicaciones que se derivan de ello<sup>46</sup>.

Sin embargo, el principio revisor (privilegio de decisión previa) puede hacer innecesaria esa delimitación de la pretensión a través de la «causa petendi». No olvidemos que esa pretensión ha debido ser planteada anteriormente, por exigencia legal expresa de la LJCA, en vía administrativa. La pretensión judicial de condena viene precedida, de hecho, de una pretensión dirigida a que se declare con-

45. Así, para GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 785, «[s]i se pretende pura y simplemente la anulación del acto (...) la causa de pedir será la infracción del Ordenamiento jurídico. Frente a los sistemas que exigen una delimitación objetiva de la pretensión, tipificada en las causas que el Derecho señala, hay que defender la innecesariedad de invocación de un tipo de infracción como fundamento delimitador de la pretensión. La pretensión de anulación queda delimitada objetivamente por la infracción del Ordenamiento jurídico. Las infracciones del Ordenamiento jurídico invocadas no serán causas delimitadoras del objeto del proceso, sino motivos que permitirán al Juez actuarla». Según ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.: *Pretensión procesal administrativa*, cit., pg. 51, en este tipo de pretensiones, «la causa de pedir será la infracción del Ordenamiento jurídico y, por tanto, no será necesario delimitar cualitativamente la pretensión mediante la invocación de un motivo concreto». En el mismo sentido, vid. BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las Sentencias*, cit., pgs. 140-141.

46. Esto es lo que afirma GONZÁLEZ PÉREZ, J. para las pretensiones formuladas al amparo del art. 31.2 LJCA: «Si lo que se demanda del órgano jurisdiccional es no sólo la anulación de un acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, es incuestionable que únicamente puede delimitarse adecuadamente la pretensión acudiendo al fundamento en sentido estricto; por ejemplo, si se pretende el reconocimiento del derecho a una cantidad de dinero, la pretensión sólo quedará delimitada cuando se conozca la causa en virtud de la cual se pide (devolución de un impuesto indebidamente pagado, cumplimiento de un contrato, indemnización de perjuicios, etc.)» (*Comentarios*, cit., vol. I, pg. 784). En el mismo sentido, ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.: *Pretensión procesal administrativa*, cit., pg. 51, que afirma que en este caso «la pretensión solamente podrá delimitarse adecuadamente recurriendo al fundamento de la misma en sentido técnico».

trario a Derecho el acto administrativo (expreso o presunto) que haya denegado dicha petición en vía administrativa. Como esa petición en vía administrativa tiene que estar suficientemente determinada, pues en caso contrario la Administración no se puede pronunciar y no queda abierto tampoco el camino del contencioso-administrativo, basta con que la demanda se refiera a ese acto previo o a la petición administrativa, para que la pretensión quede suficientemente perfilada. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impone, a mi juicio, esa solución, que sencillamente hace innecesaria una delimitación formalista o detallada de la pretensión en el escrito de demanda y obliga al órgano judicial a completar en su caso la demanda a la vista de la petición formulada previamente en vía administrativa.

Algunas pretensiones de condena no necesitan ser formuladas antes en sede administrativa, aunque en todo caso deben deducirse *en relación* con un acto administrativo (art. 1.1 LJCA). Es el caso, destacadamente, de la pretensión indemnizatoria de los daños ocasionados por la aplicación del acto impugnado (art. 65.3). En este caso, basta referir la pretensión indemnizatoria a los daños causados *por ese acto*, para que quede cubierto el requisito de indicar la «causa petendi» de la pretensión.

Una cuestión importante a propósito de los elementos de las pretensiones de condena es la del *sujeto pasivo* de la pretensión. Cuando el demandante deduce una pretensión de condena en vía contencioso-administrativa, ¿sobre quién puede pedir que recaiga la condena? ¿Sólo sobre una Administración pública a la que se impute la actividad impugnada? ¿O también sobre un particular cuando la obligación incumplida por éste derive de una norma o de una relación jurídica regida por el Derecho administrativo? Como ha recordado J. GONZÁLEZ PÉREZ, lo que el demandante persigue a través de una pretensión de condena es, en muchas ocasiones, una prestación o conducta cuya realización corresponde a un particular, de forma que el único papel de la Administración es obligar a ese particular a cumplir sus obligaciones<sup>47</sup>. Esto sucede fundamentalmente en tres casos<sup>48</sup>.

En primer lugar, cuando la actuación ilegal que perjudica los derechos e intereses del demandante ha sido llevada a cabo por un particular en el ejercicio de una actividad para la que está especialmente habilitado por un título administrativo y que está sometida a unos específicos poderes de vigilancia de la Administración

47. Vid. *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 776. J. GONZÁLEZ PÉREZ estudia este supuesto bajo la etiqueta «pretensiones de condena en las que la prestación haya de realizarse por los particulares», y dice que aunque en ellos «es parte una Administración pública y la petición se dirige frente a un acto de ésta sujeto al Derecho administrativo, la prestación que, en definitiva, ha de realizarse para restablecer el orden jurídico perturbado puede corresponder a un administrado». De todas formas, «[a] la Administración pública que dictó el acto anulado siempre le corresponderá al menos una prestación: la de adoptar las medidas ejecutivas idóneas para que el administrado realice aquello a que viene obligado». Sobre la ejecución de sentencias en estos casos, vid. op. cit., vol. II, pgs. 1261-1262.

48. Queda al margen, aunque debe ser mencionada en este punto, la posibilidad recogida ahora en el art. 9.4, párr. 2º, de la LOPJ, de que se demande directamente a particulares ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los supuestos de responsabilidad extracontractual en que se produzca un litisconsorcio pasivo con la Administración.

competente: es el caso de los concesionarios de servicios públicos, contratistas de la Administración y sujetos que llevan a cabo una actividad sometida a regulación o calificada como de servicio público (telecomunicaciones, distribución y suministro de energía eléctrica, etc.) y para la que necesitan, por tanto, un título administrativo habilitante. En este supuesto, y ante una actuación ilegal del particular, lo que se pide a la Administración es que ejerza sus poderes de vigilancia («quasi» disciplinarios) para forzar a ese particular a cumplir sus obligaciones.

En segundo lugar, cuando la intervención administrativa se superpone a las simples relaciones «inter privados», otorgando a éstos un cauce más (en principio más rápido y menos costoso) para defender sus intereses. Es lo que ocurre cuando (como en materia de viviendas de protección oficial o de consumo) una conducta que podría dar lugar a una demanda civil por incumplimiento contractual se configura por la legislación administrativa como infracción, y se habilita además a la Administración para imponer ejecutoriamente al sujeto sancionado la reparación de los daños causados. En este caso, el particular acude a la Administración para que ésta actúe sus potestades (de vigilancia e inspección primero, sancionadora después) a fin de obligar a otro particular a llevar a cabo una conducta que es la que realmente satisface sus intereses.

Lo mismo sucede también cuando el demandante, aun careciendo de un título jurídico-privado que le dé derecho a exigir una determinada conducta al otro particular, resultaría favorecido por una actuación administrativa que, en ejercicio de una potestad determinada, impusiera a éste determinados deberes, o bien está legitimado en virtud de la acción popular para exigir ante los Tribunales el cumplimiento de la normativa correspondiente. Es el caso del vecino de un municipio que demanda a la Administración para que ésta aplique la normativa urbanística de protección de un casco histórico y ordene al dueño de un establecimiento que suprima determinados anuncios luminosos ilegales<sup>49</sup>. El particular demandante no tiene en este caso ningún título privado, ni siquiera el de la responsabilidad extracontractual, para dirigirse al dueño del establecimiento y exigirle esa conducta.

Incluso en estos casos, y a pesar de que en nuestro sistema se admite con normalidad que los particulares sean demandados en un proceso contencioso-administrativo [art. 21.1 b) LJCA], la tutela judicial de los intereses del demandante se canaliza a través de pretensiones de condena *contra la Administración* y no contra el particular, que será demandado en virtud del artículo 21.1 b), pero no resultará directamente condenado. Dos argumentos básicos sustentan esta conclusión. En primer lugar, el privilegio de decisión previa. La Administración puede ejercer mediante actos unilaterales todas las potestades que le concede el Derecho administrativo y sólo necesita acudir a los Tribunales en el concreto supuesto del recurso de lesividad. La función de los órganos jurisdiccionales es, consecuentemente, co-

49. Así ocurre en la Sentencia de 11 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1984), en la que se condena a la Administración a ordenar al titular de un taller de carpintería la instalación de determinados mecanismos de reducción de ruidos, a instancia de un vecino que venía soportando esos ruidos.

regir la inactividad ilegal de la Administración mediante sentencias de condena, pero no suplirla mediante el otorgamiento directo de licencias o la imposición de sanciones [otra cosa es que, en ejecución de una sentencia de condena incumplida por la Administración, el órgano judicial deba, en aplicación del artículo 108.1 b), «(a)doptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido»]. Lo procedente será, en su caso, condenar a la Administración a ejercer sus potestades, lo que podrá llevar (y así se puede declarar en la sentencia, si hay base suficiente para ese pronunciamiento) a dirigir órdenes concretas a los particulares codemandados. La Administración siempre tiene, como titular de potestades de vigilancia en la materia de que se trate, una responsabilidad que no conviene enmascarar bajo una condena judicial directa al particular.

Por otro lado, la condena al particular en vía contencioso-administrativa excedería, con toda probabilidad, de la extensión de este orden jurisdiccional. Las relaciones «inter privados» sólo pueden ser objeto del Derecho administrativo (Derecho de las Administraciones Públicas) en cuanto queden sujetas al ejercicio de potestades administrativas. Del mismo modo que los órganos judiciales pueden condenar a la Administración al ejercicio de sus potestades (e incluso a un ejercicio concreto de las mismas), pero no pasar a ejercerlas ellos, lo correcto en este caso es, como quedó dicho en el párrafo anterior, condenar a la Administración a dictar actos que afecten a un tercero, pero no condenar directamente a éste.

## 5. EL SUJETO ACTIVO DE LAS PRETENSIONES Y LA RECONVENCIÓN EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La reconvencción consiste, como es sabido, en la posibilidad de que el demandado no se limite a pedir al órgano judicial que desestime la pretensión formulada por el particular, sino que deduzca él una nueva pretensión frente al demandante. Ni la LJCA de 1956 ni la vigente regulan la reconvencción, y la doctrina entiende que esta figura procesal no es admisible en nuestro proceso contencioso-administrativo<sup>50</sup>. Se ha visto en este rechazo una manifestación más del carácter revisor y de su entendimiento exagerado por la jurisprudencia, en contraste con la regulación original del contencioso en 1845, que sí la habría admitido<sup>51</sup>.

La reconvencción puede dar lugar a diversas situaciones, en función de qué tipo de sujetos ocupen las posiciones de demandante y demandado. Mientras que en la posición de demandado deberá figurar en todo caso una Administración Pública (y además, eventualmente, particulares), en la de demandante puede estar

50. La doctrina niega unánimemente que la LJCA/1956 admitiese la reconvencción: vid. TRUJILLO PEÑA, J., C. QUINTANA REDONDO y J. A. BOLEA FORADADA: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 681-682; GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pg. 269.

51. Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *La formación histórica*, pg. 446.

indistintamente un particular, una Administración o diversas combinaciones de ambos.

Si el único demandante es un particular, la reconvención queda excluida «a limine» porque en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no se pueden ejercer acciones contra particulares, salvo en el supuesto de responsabilidad patrimonial regulado en el artículo 9.4, párrafo 2º, de la LOPJ. Este último supuesto de litisconsorcio pasivo necesario por concurrencia a la producción del daño tampoco se presta a la reconvención. Si la Administración se opone a la demanda del particular (es decir, el sujeto que ha sufrido el daño) alegando la responsabilidad (concurrente o exclusiva) de un tercero, en rigor no está formulando una pretensión reconvencional contra el demandante, sino que está pidiendo que se desestime total o parcialmente la pretensión de responsabilidad de éste, bien por imputar a la Administración una responsabilidad excesiva, bien por no haber demandado al otro sujeto responsable y que se encuentra en una situación de litisconsorcio pasivo necesario. Por otro lado, si la Administración alega, en la contestación a la demanda, la concurrencia de culpa del sujeto que ha sufrido el daño, tampoco nos encontramos en sentido estricto con una reconvención, sino de nuevo con una simple petición de que se desestime la pretensión del demandante. Tampoco es posible la reconvención en el caso de que la Administración quiera responder a la demanda indemnizatoria de un particular exigiendo la responsabilidad de éste por daños causados a la Administración (concurrencia de daños)<sup>52</sup>, pues o bien la Administración puede declarar la responsabilidad del particular mediante resolución administrativa (cuando media entre ellos una relación de servicio, art. 145 LRJ-PAC, o los daños se han producido, por ejemplo, a bienes demaniales), en cuyo caso es ésta la vía a que ha de recurrir la Administración, o bien debe acudir a un proceso civil, y no cabe acumular en un mismo proceso pretensiones cuyo conocimiento corresponde a órdenes judiciales distintos (en este caso, el civil y el contencioso-administrativo). Todo lo más, cabría que se acumularan en el mismo proceso contencioso-administrativo la pretensión de responsabilidad dirigida por el particular contra la Administración (pretensión montada, lógicamente, sobre la impugnación del acto denegatorio que haya puesto fin al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial) y la pretensión de ese mismo particular contra el acto administrativo por el que se le exige el pago de una determinada indemnización por los daños causados a la Administración en la misma situación dañosa. Tratándose de daños recíprocos producidos en una misma conjunción fáctica, ambas pretensiones serían en principio acumulables (art. 34.2 LJCA). De todas formas, no se trata de una reconvención procesal en sentido estricto, porque las dos pretensiones acumuladas tienen a los mismos sujetos en las posiciones de demandante y demandado.

---

52. Se trata, «mutatis mutandis», de la situación contraria a la que se da cuando el concesionario de una autopista demanda a un conductor siniestrado para que indemnice los daños causados en el accidente (rotura de barreras, etc.), y el conductor presenta una demanda reconvencional imputando al concesionario la responsabilidad por el accidente (por deficiente señalización o estado del firme, por ejemplo) y pidiéndole una indemnización por los daños derivados del mismo.

En general, la Administración no puede formular pretensiones reconventionales contra el demandante si éste es un particular, ya que cuando la Administración quiera exigir del particular la realización de una determinada conducta en cumplimiento de una norma jurídico-administrativa, deberá recurrir al instrumento jurídico previsto para ello, que consiste en tramitar un procedimiento y dictar al término del mismo una resolución unilateral, ejecutiva y a la vez impugnabile por el particular. La prohibición de la «reformatio in peius» excluye también otra posible defensa de la Administración que no se identifica exactamente con la reconvencción aunque tiene algunos puntos de contacto. Consiste en la posibilidad de que, cuando el particular ha impugnado aquellas partes de un acto administrativo que le perjudican, pero sin poner en cuestión otras partes del mismo que pueden subsistir independientemente, la Administración solicite la desestimación de la pretensión alegando que esa ilegalidad desfavorable al particular se compensa con otras ilegalidades que le favorecen, o bien que la Administración solicite la anulación completa del acto impugnado, ampliando el control judicial a objetos no incluidos en el recurso del particular. En ambos casos, no sólo se trata de una vulneración del principio que prohíbe la «reformatio in peius», sino también de la irrevocabilidad de los actos favorables, irrevocabilidad que la Administración sólo puede romper en virtud de uno de los títulos expresamente previstos para ello, entre los que no se encuentra la reconvencción. La Administración puede, si entiende que el acto impugnado está afectado por una causa de ilegalidad en partes no impugnadas por el recurrente, impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa previa declaración de lesividad (art. 103 LRJ-PAC) y solicitar que se acumule este recurso al interpuesto previamente por el particular (art. 34.1 LJCA).

Este tipo de obstáculos no se plantean en los procesos que enfrentan a varias Administraciones Públicas entre sí, cuando el litigio se produce en una relación jurídica en la cual ninguna de ellas dispone de la potestad de dictar un acto unilateral y ejecutorio contra la otra. En estos casos, nada impide que a la demanda se responda con otra pretensión y no sólo con la petición de que se desestime la pretensión formulada por la demandante. A falta de una previsión específica de la reconvencción, lo más lógico es que la Administración demandada interponga un recurso contencioso-administrativo contra la otra (precedido, en su caso, del requerimiento regulado en el art. 44 LJCA), solicitando después su acumulación con el recurso interpuesto en primer lugar.

Como conclusión de este repaso, entiendo que el mayor problema al que se enfrenta la reconvencción en el contencioso-administrativo no es el tópico del carácter revisor (a no ser que se haga del mismo una interpretación exagerada e ilógica), sino el propio juego de la autotutela administrativa, que hace en muchas ocasiones innecesario para la Administración el recurso a la reconvencción, así como la interdicción de la «reformatio in peius», que se lo prohíbe en otros casos<sup>53</sup>. Por otro

53. Esta afirmación se puede corroborar acudiendo al Derecho alemán, en cuyo proceso administrativo no se reconoce al principio revisor el papel central que le otorga entre nosotros alguna jurisprudencia (así como, en cierto modo, la legislación) y que sí admite la reconvencción o «Widerklage» (regulada en el §89 VwGO). La reconvencción no es posible, sin embargo, según

lado, la falta de una regulación expresa de la reconvención se puede suplir, cuando dicha figura sea posible, mediante la posibilidad de que se acumulen los recursos dirigidos contra distintos actos unidos entre sí por una conexión directa (art. 34.1 LJCA).

## 6. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA CLASIFICACIÓN LEGAL DE LAS PRETENSIONES

El artículo 33.1 LJCA proclama la vigencia del principio dispositivo en el proceso contencioso-administrativo al ordenar que «[l]os órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes», lo que significa que éstas son las que deciden cuáles son las peticiones sobre las que deben pronunciarse los Tribunales, siempre que se cumplan los presupuestos procesales que permiten el acceso al examen de fondo<sup>54</sup>. A su vez, hemos visto que la regulación de las distintas acciones en la LJCA es lo suficientemente abierta como para permitir a los ciudadanos deducir todas las pretensiones que entiendan necesarias para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, que es lo que exige el artículo 24.1 CE. Siendo éste el planteamiento de los intereses y derechos en juego, parece claro que la clasificación de las pretensiones (en la que se integra el tratamiento de las de condena) tendrá sólo un interés instrumental, a efectos de tener en cuenta en cada caso las específicas necesidades de tutela jurídica de los particulares, pero sin que, y esto es lo decisivo, la existencia de diversos esquemas procesales lleve a las partes a perder su derecho a la tutela judicial (si optan por una pretensión que el órgano judicial entiende que no es la adecuada) o les obligue a solicitar una tutela que, ajustándose a uno de los esquemas procesales dados, no es la que conviene a sus derechos e intereses legítimos.

Es éste un punto de vista que es necesario tener en cuenta al estudiar el contencioso-administrativo como un sistema de acciones o de pretensiones. Hay que evitar que la regulación expresa de distintos tipos de pretensiones (que entre nosotros ha sucedido, con la LJCA/1998, al relativamente sencillo esquema compuesto por la pretensión anulatoria y la de «plena jurisdicción») perjudique paradójica-

---

dicho precepto, cuando la pretensión formulada por el demandante haya sido de impugnación contra un acto administrativo, puesto que se entiende que en estos casos (es decir, cuando el fondo del asunto es una relación de Derecho público en la que la Administración dispone de autotutela) la Administración puede responder al demandante, si lo estima necesario, dictando un acto administrativo, sin necesidad de formular sus pretensiones en vía judicial. La jurisprudencia rechaza las pretensiones reconvencionales cuando quien las formula podía haber actuado unilateralmente en vía administrativa, y las admite cuando los sujetos enfrentados se encuentran en relación de igualdad (por ejemplo, cuando son dos Administraciones Públicas): vid. la Sentencia de 9 de julio de 1976 del BVerwG, publicada en *N/W*, 30 (1977), pgs. 66-72 (pg. 67), y la del OVG de Lüneburg de 14 de mayo de 1984, *N/W*, 37 (1984), pgs. 2653-2654.

54. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 803 y ss., y GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 75 y ss.

mente a los recurrentes, lo que sucedería si resultara excesivamente compleja o si dejara lagunas imposibles de colmar<sup>55</sup>.

Este punto se encuentra sometido a una ilustrativa discusión en el Derecho alemán. Por un lado, la GG (art. 19.4) garantiza una tutela judicial completa, sin lagunas, frente a toda lesión que los particulares puedan sufrir en sus derechos como consecuencia de la actuación de los poderes públicos, sin que la efectividad de ese derecho fundamental pueda quedar condicionada por el tipo de actuación administrativa que haya ocasionado la lesión a los derechos del demandante (lo que ocurriría si la tutela judicial sólo se otorgara frente a actos administrativos). La legislación procesal administrativa ha logrado ese objetivo al establecer un sistema de pretensiones (que se estudiará específicamente en el siguiente epígrafe) que recoge todas las situaciones en que se puede plantear la necesidad de tutela judicial, a partir de la significativa cláusula general del §40 VwGO, que encomienda a la jurisdicción administrativa el conocimiento de todos los litigios de Derecho administrativo, sin hacer ninguna referencia al acto administrativo. Parece que, siendo éstos los fundamentos del sistema, la clasificación de las acciones debería tener una importancia muy reducida, y así lo entienden muchos autores<sup>56</sup>. Sin embargo, abundan las discusiones sobre el encaje correcto, en una u otra de las acciones legalmente previstas, de una determinada pretensión que se considera en todo caso admisible y encomendada al conocimiento de la Jurisdicción Administrativa<sup>57</sup>.

En este sentido, en España J. GONZÁLEZ PÉREZ ha puesto de manifiesto que la Jurisprudencia suple con frecuencia las omisiones de los demandantes y estima pretensiones no formuladas expresamente pero que el órgano judicial considera *implícitas* y da por supuestas a fin de otorgar una tutela judicial completa. Así, se

55. A esto último ya me he referido supra, al indicar cómo las lagunas del recurso contra la inactividad administrativa (art. 29 LJCA) deben ser colmadas recurriendo a la acción de plena jurisdicción del art. 31.2.

56. En un trabajo ya antiguo, «Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß», *DÖV*, 18 (1965), pgs. 795-804, R. SCHWEICKHARDT recordaba que «una vez que se ha admitido que una “controversia jurídico-pública de carácter no constitucional” permite acceder siempre a la jurisdicción administrativa, la cuestión de la acción apropiada en cada caso tiene una importancia limitada. Los Tribunales están obligados a verificar si una petición que no se puede estimar en la forma en que ha sido formulada, puede ser admisible si se la reconduce a otro tipo de acción» (pg. 797). Vid. también, en este sentido, BACHOF, O.: *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts* (2 vols.), vol. I. Tübingen, 1966 (3ª ed.), pgs. 211 (núm. 82) y 24-246 (núm. 4); RUPP, H. H.: «Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme», *AöR*, 85 (1960), pgs. 149-199 y 301-336 (pgs. 302-303), así como la Sentencia del BVerwG de 18 de junio de 1964 (publicada en la colección oficial *BVerwGE*, 19, pgs. 19-29, esp. pgs. 20-21).

57. Un ejemplo es la polémica sobre la llamada *isolierte Anfechtungsklage*, que se estudia más adelante, en el Capítulo XI. Como justificación de la importancia que se da a estas cuestiones, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., Vorb §40.3 (pg. 117) dicen que «aunque el §40 abre la vía judicial administrativa en general para todas las cuestiones de Derecho público, los Tribunales administrativos (al igual que los civiles) sólo conceden la tutela judicial en el marco de unas determinadas acciones o pretensiones, cada una de las cuales conlleva un determinado contenido de la sentencia y de las demás resoluciones». Y también (núm. 9, pg. 124): «Debido a los distintos presupuestos y a las consecuencias, también parcialmente distintas, de las distintas pretensiones, en principio no se puede dejar indeterminado en ningún caso cuál es la acción o pretensión que se formula».



ha llegado a dictar una sentencia de condena (ordenando la demolición de un edificio), considerando que la correspondiente pretensión estaba implícita en la de anulación, que era la única expresamente deducida<sup>58</sup>. Del mismo modo, «[h]a de entenderse implícita en la sentencia que se limita a reconocer una situación jurídica, la condena a adoptar cuantos actos, medidas y providencias fuesen necesarios para el restablecimiento del orden jurídico perturbado por el acto impugnado»<sup>59</sup>. En otros casos, la sentencia estima una pretensión anulatoria no expresamente formulada, al considerarla el presupuesto necesario de la pretensión de condena efectivamente deducida en el escrito de demanda<sup>60</sup>.

Precisamente este último supuesto nos debe poner sobre la pista de cómo el sistema de pretensiones puede ir contra el principio dispositivo (obligando al demandante a aceptar una tutela judicial que no es la adecuada para sus derechos e intereses) e incluso contra la interdicción de la «reformatio in peius». Es lo que sucede, como hemos adelantado ya en el epígrafe anterior, cuando la Administración dicta un acto, formado por elementos perfectamente distinguibles entre sí, y un particular, favorecido por algunos de esos elementos pero perjudicado por otros de ellos, interpone contra él un recurso contencioso-administrativo en el que, a partir de la ritual y obligatoria pretensión impugnatoria del acto, deduce una pretensión de condena para que se obligue a la Administración a dar al acto el contenido que él entiende conforme a Derecho y que tutela adecuadamente sus intere-

58. Vid. *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 771, donde se cita el Auto de 10 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8335), exponente de una jurisprudencia que considera que la pretensión anulatoria de una licencia urbanística incluye, como implícita, la de que se condene a la Administración a la demolición de lo construido al amparo de la misma.

59. Vid. *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 775. De todas formas, la pretensión implícita es, en este caso, a una condena genérica que tampoco resuelve completamente los problemas del demandante, ya que será necesario discutir (en la fase de ejecución, art. 109 LJCA), qué medidas concretas están incluidas en la condena genérica.

60. Vid. *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 793, nota 54: «el hecho de pedir el reconocimiento de una situación jurídica (que es desconocida por el acto impugnado) presupone la petición de anulación, por lo que la falta de ésta en el “suplico” de la “demanda” no debe conducir a la inadmisibilidad, en aplicación del principio antiformalista». Un ejemplo reciente se puede observar en la Sentencia de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3851). El acto impugnado era la resolución autonómica por la que se denegaba la aprobación definitiva de determinados aspectos de un plan municipal de ordenación. Deducida por el demandante una pretensión de plena jurisdicción (que se aprobara definitivamente el plan con el contenido concreto que había sido objeto de aprobación provisional en sede municipal), el Tribunal Superior de Justicia se limitó a anular el acto impugnado (lo que no había sido solicitado por el demandante). El Tribunal Supremo desestimó la alegación de incongruencia, argumentando que «la lógica de las cosas obliga a entender que dicha petición de nulidad de los actos recurridos estaba contenida en la demanda. (...) la petición de plena jurisdicción formulada por el demandante, y que constituye la justificación subjetiva de la demanda, sólo puede prosperar si se acuerda la anulación de los actos recurridos». La Sentencia de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996, 5427) juega también con el argumento de las pretensiones implícitas, pero el resultado es contrario a los intereses del demandante. Éste solicitaba que se declarase su derecho a ser nombrado magistrado suplente, pero indicaba expresamente que no quería perjudicar los derechos de los aspirantes efectivamente nombrados. La Sentencia afirma que sólo se puede deducir la pretensión de plena jurisdicción de forma acumulada a la pretensión anulatoria, y que el demandante había manifestado su voluntad de no formular esta última pretensión al afirmar que no quería perjudicar a los aspirantes nombrados por la Administración.

ses<sup>61</sup>. Si el órgano judicial, persuadido de que no puede estimar la pretensión de plena jurisdicción, opta por estimar la pretensión impugnatoria (ya sea por vicios de fondo o de forma del acto), puede ocurrir que perjudique paradójicamente al recurrente, al no concederle nada de lo que había solicitado (puesto que no se impone a la Administración resolver favorablemente en esta segunda ocasión las cuestiones que motivaron el recurso del particular) y privarle, en cambio, de un acto administrativo que favorece en alguna medida sus intereses<sup>62</sup>.

## 7. LAS PRETENSIONES EN LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA ALEMANA

### a) Introducción.

Una de las herramientas principales que se utilizan en este libro para desarrollar el régimen jurídico de las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo español es la referencia al Derecho procesal administrativo alemán. Ello no equivale a proponer la importación del mismo (idea quimérica e innecesaria, además de contraproducente)<sup>63</sup> ni a reconocer una especial autoridad a toda norma o técnica jurídica que proceda de él: simplemente nuestro en diversos puntos cuál es la solución alemana a problemas que en nuestro Derecho no están resueltos o lo están deficientemente. En muchos casos, la superioridad o conveniencia de esa solución es evidente y no requiere más justificación; en otros (señaladamente, en lo que se refiere a los presupuestos subjetivos de las pretensiones de condena), el Derecho alemán será un punto de referencia que contribuya a poner de manifiesto el acierto de la solución hallada por el español.

En todo caso, y aunque ya he dicho que no pretendo proponer la importación en bloque del sistema alemán de justicia administrativa, es muy fácil justificar que es sobre todo en él donde se debe buscar el diagnóstico y las posibles soluciones a buena parte de los problemas que padece nuestro contencioso-administrativo, y tal

61. Es un tema que se planteó incidentalmente en la Sentencia de 3 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 7736). Impugnada la resolución de un concurso-oposición, el concursante nombrado compareció como codemandado y, aunque solicitaba la desestimación de la pretensión anulatoria, alegaba también determinadas ilegalidades de la resolución impugnada que le habían perjudicado. En un «obiter dicta» (puesto que se rechaza también en cuanto al fondo la existencia de tales ilegalidades), la Sentencia de instancia, en considerando hecho suyo por el Tribunal Supremo, entiende que el demandante «no puede hacer» la petición realizada, «impugnándolo [el acto] para una cosa y reclamando su validez en cuanto le beneficia».

62. En Derecho alemán se atiende a este problema mediante la construcción de la «Teilverpflichtungsklage», que habría que traducir con una perifrasis como «acción parcial de condena al dictado de un acto administrativo». Vid. KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §42.28 (pg. 313). Para que se pueda deducir esta pretensión es necesario que el acto impugnado sea divisible (op. cit., §88.7, pg. 1309).

63. Sobre los vicios inherentes a todo intento de aclimatar una institución jurídica surgida en otro ordenamiento, y en relación con el contencioso, J. A. SANTAMARÍA PASTOR ha creído necesario «advertir contra la tentación de emprender reformas radicales o de instaurar modelos de nueva planta», en «Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas», *RAP*, 95 (1981), pgs. 125-151, pgs. 146-147.

vez no sea ocioso esbozar en este momento esa justificación<sup>64</sup>. En nuestro sistema de justicia administrativa, lo mismo que en el alemán, el dato normativo básico que determina la evolución del sistema y que limita al legislador a la hora de regularlo, es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 CE y 19.4 de la GG), incluido en ambos ordenamientos en los respectivos textos constitucionales como norma directamente vinculante y tutelada a través de una Jurisdicción Constitucional concentrada<sup>65</sup>. Siendo ése el núcleo director de nuestro contencioso-administrativo, que además ha alterado por completo la situación anterior imponiendo la reforma o reinterpretación de casi todos sus elementos, parece más adecuado tener en cuenta las soluciones apuntadas en un ordenamiento jurídico

64. Por lo demás, la referencia al Derecho alemán como modelo en que están adecuadamente solucionados buena parte de los problemas que padece nuestro contencioso, está presente en gran parte de la doctrina española reciente, y no sólo en trabajos dedicados específicamente a su exposición o divulgación (S. GONZÁLEZ-VARAS, por ejemplo), sino también en obras que en principio recurren a otras técnicas (análisis constitucional desde el Derecho español, método histórico, Derechos francés e italiano, etc.) para solucionar los respectivos problemas: vid. BELTRÁN DE FELIPE, M.: *El poder de sustitución*, cit., pg. 295 (texto y nota 37), «Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo», en *Estudios sobre la Constitución española*, vol. IV, pgs. 3085-3111 (pg. 3106); FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora*, cit., pgs. 356-360: «De ahí la oportunidad de acudir al derecho administrativo procesal alemán, en tanto en cuanto el contencioso-administrativo se articula no ya en función de las diversas formas de actuación administrativa, a la manera de todos los modelos de fiscalización de la Administración afines al francés, sino alrededor de la institución clave de la necesidad de protección jurídica que sea la adecuada al concreto derecho o interés del particular invocado en la contienda» (pgs. 356-357). Sobre el origen de esta «necesidad de protección jurídica» en el Derecho alemán y su peculiar invocación en Derecho español, vid. infra, nota 95.
65. Sobre el destacado papel que la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva ha desempeñado en la construcción del contencioso alemán, por oposición a otros sistemas europeos como el francés, vid. la reciente reflexión de BRENNER, M.: «Allgemeine Prinzipien des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Europa», *Die Verwaltung*, 31 (1998), pgs. 1-28 (esp. pgs. 6-8). El funcionamiento de ambos preceptos (el art. 24.1 CE y el 19.4 GG) es idéntico en lo que se refiere a la justicia administrativa. De todas formas, hay que tener en cuenta que el art. 24.1 CE reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de cualesquiera derechos e intereses legítimos, sea cual sea el sujeto frente al que se exige esa tutela (el demandado). Por tanto, este precepto es una pieza clave que vincula la regulación legislativa de cualquier orden jurisdiccional y frente a cualquier demandado. En cambio, el art. 19.4 de la GG sólo constitucionaliza el derecho a la tutela judicial («Rechtsschutz») contra las vulneraciones de derechos subjetivos ocasionadas por la actuación de los poderes públicos, por lo que no se aplica en absoluto a las controversias «inter privados» (que constituyen el grueso del Orden Jurisdiccional Civil) o a la Jurisdicción Penal. Ha notado este hecho en nuestra doctrina BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa», en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y N., GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (Coord.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid, 1996, pgs. 225-244 (pg. 237). La tutela judicial en los procesos penales o civiles está garantizada constitucionalmente a través de la cláusula de Estado de Derecho del art. 20.1 GG, como recuerdan KRÜGER, H.: «Comentario al artículo 19», en SACHS, M. (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, München, 1999 (2ª ed.), núm. 152; SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Comentario al artículo 19.4», en MAUNZ, T., G. DÜRIG y otros (Hrsg.): *GG Kommentar*. München (el Comentario al art. 19.4 es de 1985), núm. 16; PAPIER, H.-J.: «Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt», en ISENSEE, J. y P. KIRCHHOF (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VI. Heidelberg, 1989, §54.12. Analizando el art. 24.1 CE, E. ALONSO GARCÍA en «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los Tribunales», en *Estudios sobre la Constitución Española en Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, pgs. 973-1026 (pg. 974), recuerda que «[n]ormalmente las garantías procesales de rango constitucional o bien se han limitado al proceso penal o no alcanzan a órdenes jurisdiccionales más «modernos» tales como el laboral y, especialmente, el contencioso-administrativo».

que comparte ese mismo planteamiento básico, y tal vez es por el contrario menos útil seguir siendo tributarios de sistemas (como el francés) que siguen basándose en dogmas incompatibles con el derecho a la tutela *judicial* (entre esos dogmas, el del carácter no estrictamente judicial de la justicia administrativa o la calificación del recurso por exceso de poder como un proceso al acto) o que los van superando sólo a golpe de reforma legislativa<sup>66</sup>. En 1999, tras más de veinte años de vigencia de la CE y casi otros tantos de Justicia constitucional, con una LJCA de 1998 (aunque no se aparte sustancialmente de la anterior, ni sea necesario en muchos puntos) y en un ordenamiento jurídico totalmente abierto a la influencia (y a la exigencia) exterior debido a la integración en la Unión Europea, parece que lo correcto es aspirar al óptimo de tutela judicial que exige la CE (arts. 24.1 y 106.1), atendiendo para ello a la evolución y a los logros alcanzados en sistemas jurídicos que llevan ya cincuenta años en esa dirección, sin necesidad de acudir, para justificar cualquier avance, a la autoridad de la legislación decimonónica sobre la justicia administrativa o de los principios del Derecho administrativo francés tradicional, que hoy ni están vigentes ni son el modelo de nuestro Derecho positivo, sin perjuicio de que su condición de modelo histórico haga imprescindible el recurso a los mismos como elemento interpretativo.

Aunque la presentación de aquellas instituciones del proceso administrativo alemán que me parecen de mayor interés para nuestro Derecho se irá haciendo en los distintos capítulos, al hilo de la exposición sistemática de las pretensiones de condena, me parece necesaria una breve explicación de las pretensiones en la

66. Como han dicho recientemente GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ en su *Curso*, cit., vol. II, pg. 574, «el sistema contencioso-administrativo francés, del cual son tributarios la mayor parte de los sistemas existentes, fue montado sobre la técnica de la impugnación de actos administrativos, dictados previamente (...) Sólo últimamente en Alemania, a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960, se ha pretendido buscar una construcción técnica diversa, sobre el concepto de lesión subjetiva (art. 19.4 de la Ley Fundamental)» (la cursiva es mía). Por lo que se refiere al Derecho francés, hay que recordar que la importante decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987, que declaró que la jurisdicción administrativa es una institución de rango constitucional y por tanto no está sometida a la libre disposición del legislador, delimita su «núcleo esencial» diciendo que «sin perjuicio de las materias reservadas por su naturaleza a la autoridad judicial [es decir, a la justicia ordinaria], corresponde a la jurisdicción administrativa la anulación o reforma de las decisiones adoptadas, en el ejercicio de las potestades públicas [dans l'exercice des prérogatives de puissance publique], por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo» (la cursiva es mía). Por tanto, la Jurisdicción Administrativa sigue definiéndose, hoy mismo, no como la que conoce de las cuestiones de Derecho público, sino como la encargada de la revisión de los actos administrativos, y con este «pie forzado», derivado de premisas históricas, han de contar en Derecho francés el legislador y la jurisprudencia para suplir las carencias de un sistema de tipo revisor. El reciente libro de KOCH, J.: *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen des Bürgers gegenüber der Verwaltung*. Berlín, 1998, lleva a cabo un documentado análisis de la justicia administrativa francesa desde la perspectiva alemana, y pone de manifiesto cómo incluso los poderes de «injonction» otorgados al Juez tras la reforma de 1995 [estudiada entre nosotros por FERNÁNDEZ, T.-R.: «Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (La Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)», REDA, 91 (1996), pgs. 385-402] siguen sin suponer un apoderamiento para dictar verdaderas sentencias de condena, ejecutables contra la voluntad del órgano administrativo encargado de su cumplimiento (pgs. 196-198). Vid. CHAPUS, R.: *Droit du contentieux administratif*. París, 1998 (7ª ed.), pgs. 799 y ss.

Justicia administrativa alemana, al objeto de facilitar la comprensión de las remisiones concretas que se hagan en los siguientes capítulos y para dejar constancia de algunas ideas generales que considero de interés<sup>67</sup>.

La Jurisdicción Administrativa alemana fue refundada radicalmente tras la Segunda Guerra Mundial, debido especialmente a la presión de las autoridades aliadas de ocupación (sobre todo norteamericanas y británicas), que entendían que sólo se podría erradicar el autoritarismo del Derecho público alemán e impedir que surgiera un fenómeno similar a la dictadura nazi, fortaleciendo el sistema de justicia administrativa y dotándolo de una estructura rigurosamente judicial y de los poderes necesarios para garantizar en todo caso la tutela de los derechos individuales de los ciudadanos<sup>68</sup>. Como recuerda O. BACHOF, es esa legislación de posguerra de las zonas de

67. Exposiciones generales sobre el sistema de pretensiones en la justicia administrativa alemana se pueden ver en HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pgs. 232 y ss.; SCHENKE, W.-R.: *Verwaltungsprozeßrecht*. Heidelberg, 1998 (6ª ed.), pgs. 55 y ss.; ULE, C. H.: *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1987 (9ª ed.); PIETZNER, R. y M. RONELLENFISCH: *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht. Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß*. Düsseldorf, 1996 (9ª ed.), pgs. 83 y ss.; BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pgs. 38 y ss.; MENDER, C.-F.: *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Eine verwaltungsrechtliche und prozeßrechtliche Studie*. Tübingen, 1954, pgs. 85 y ss.; ENGELHARD, H.: «Anfechtungsklage-Vornahmeklage», *NfW*, 9 (1956), pgs. 1377-1379; BRÜCK, F.: «Verwaltungsrecht und Prozeßrecht. Probleme der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage der VwGO», *NfW*, 13 (1960), pgs. 2271-2276; OBERMEYER, K.: «Die verwaltungsgerichtlichen Klagen. Eine systematische Übersicht», *BayVBl*, 6 (1960), pgs. 208-213; SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit.; HÄNNI, P.: *Die Klage auf Vornahme*, cit., pgs. 235-243 (en el marco de una comparación con los sistemas francés, británico, norteamericano y suizo), así como en los comentarios a la VwGO, especialmente KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., Vorb. §40, núms. 3 y ss.; EYERMANN, E.: *VwGO*. München, 1998 (10ª ed.), §§42 (núms. 1-70), 43 y 113 (núms. 33-44); SCHÖCH, F., E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER (Hrsg.): *VwGO*. München, actualizado periódicamente, Vorb. §42 Abs. 1 (por R. PIETZNER); SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *Nomos Kommentar*. Baden-Baden, actualizado periódicamente, §42.10-95 (por H. SODAN); REDEKER, K. y H.-J. VON OERTZEN: *VwGO*. Stuttgart-Berlin-Köln, 1997 (12ª ed.), §42.1-8. Como obras generales de tipo práctico y enfocadas básicamente a la práctica forense o a los licenciados que preparan los exámenes de Estado, aunque no carentes de interés, STERN, K.: *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichen Arbeit*. München, 1995 (7ª ed.); BOSCH, E. y J. SCHMIDT: *Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren*. Stuttgart-Berlin-Köln, 1996 (6ª ed.); WÜRTEMBERGER, T.: *Verwaltungsprozeßrecht*. München, 1998; SCHMITT-GLAESER, W.: *Verwaltungsprozessrecht*. Stuttgart etc., 1997 (14ª ed.); KUHLA, W. y J. HÜTTENBRINK: *Der Verwaltungsprozeß*. München, 1998 (2ª ed.), pgs. 59 y ss. y 115-125.

En la bibliografía española, vid. NIETO, A.: «La inactividad de la Administración», cit., pgs. 88-103, «Nueva ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal Alemana», *RAP*, 31 (1960), pgs. 353-360; MONTORO CHINER, M. J.: «La inactividad administrativa», cit., pgs. 302 y ss.; GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pgs. 187 y ss.

68. Sobre esta importante cuestión relativa al origen indirecto de la legislación alemana actual sobre justicia administrativa es fundamental el testimonio de W. JELLINEK presidente de la comisión redactora de las leyes que rigieron a partir de 1946 en los «Länder» de la zona de ocupación norteamericana. En su artículo «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone», *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 3 (1948), pgs. 269-273, afirma que «uno de los aspectos de la lucha contra la Alemania de Hitler era la eliminación de las tensiones autoritarias [«obrigkeitliche Spannungen»], que se mantienen a no ser que se garantice una tutela judicial suficiente entre el Estado y el particular. Por ello el Gobierno militar americano buscó, ya en el verano de 1945, juristas alemanes adecuados [«geeignete deutsche Juristen»] para que preparasen un Proyecto de Ley sobre la Jurisdicción Administrativa para los «Länder» de la zona americana. El autor de este trabajo fue nombrado presidente de dicha comisión» (pg. 269, la cursiva es mía). El Gobierno militar «impartió algunas directivas», pero no impuso la adopción de un modelo equiparable al norteamericano (pg. 270). Del mismo autor, vid. también «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone», *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 3 (1948), pgs. 470-472

ocupación norteamericana y británica la que, rompiendo con la propia tradición alemana anterior y con el sistema de justicia administrativa aprobado para la zona de ocupación francesa, y abriendo por otro lado el camino a la futura GG, implantará por primera vez una auténtica cláusula general en la justicia administrativa y dotará a los órganos judiciales de todos los poderes necesarios para garantizar una tutela judicial efectiva y completa a los derechos de los ciudadanos, superando (de nuevo por primera vez) el límite de una justicia meramente casatoria o anulatoria y abriendo el camino a las pretensiones y a las sentencias de condena<sup>69</sup>. La regulación

(donde destaca cómo la legislación de la zona británica estuvo muy influida por la aprobada para la zona norteamericana), así como, sobre este tema, BACHOF, O.: «Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, IV (1949), cols. 377-395, esp. 379; FRIESENHAHN, E.: «Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz», *Deutsche Verwaltung*, 1-2 (1948-1949), pgs. 478-485.

Una norma aprobada por las autoridades de ocupación (la «Kontrollratsgesetz» núm. 36, de 10 de octubre de 1946) ordenó el restablecimiento de la jurisdicción administrativa en las diversas zonas de ocupación y en Berlín, dando paso a un proceso legislativo que revistió características específicas en cada zona (BACHOF, O.: op. cit., col. 377). En la zona británica, la legislación reguladora fue aprobada directamente por las autoridades de ocupación. De forma provisional se aprobó una norma breve, el Reglamento núm. 141 del Gobierno Militar de la Zona de Ocupación Británica (publicado en el «Verordnungsblatt für die Britische Zone», núm. 19, de 5 de mayo de 1948, pgs. 111-114) y a continuación un texto completo, el Reglamento núm. 165 (publicado en el mismo periódico oficial, núm. 41, de 13 de septiembre de 1948, pgs. 263-274). Como nota curiosa y que ilustra las circunstancias en que surgieron estas normas se puede indicar que en un apéndice se establecían reglas especiales para el período de ocupación, de acuerdo con las cuales los Tribunales administrativos (alemanes) no podían anular o declarar contrarios a derecho los actos y normas de las autoridades de ocupación, y se preveía una especie de cuestión prejudicial cuando la interpretación de uno de estos actos o normas fuera determinante. En la zona norteamericana, la aprobación de las Leyes sobre la justicia administrativa correspondió a las asambleas de los «Länder», que hicieron suyo, con ligeras variantes, el proyecto elaborado por la comisión presidida por Walter JELLINEK a la que me he referido en el párrafo anterior. Como ejemplo puede mencionarse la Ley bávara sobre la Justicia Administrativa, de 25 de septiembre de 1946, publicada en el «Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt», núm. 19, de 15 de octubre de 1946. Las leyes de la zona norteamericana se conocen por la abreviatura VGG («Verwaltungsgerichtsgesetz»).

69. Por su claridad en la explicación de estos hechos y porque contribuyen a explicar el contexto del Derecho procesal administrativo alemán, me parece justificado transcribir las siguientes palabras de O. BACHOF que son el comienzo de su monografía *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit. (pg. VII): «Las Leyes sobre la justicia administrativa de los años 1946 a 1950, las Constituciones de los «Länder» y la Ley Fundamental de Bonn han ampliado de forma esencial la tutela judicial en materia de Derecho público en la República Federal de Alemania. En especial, han hecho realidad las palabras que Walter Jellinek pronunció en la reunión de Profesores de Derecho Público de 1925 en Leipzig, según las cuales la cláusula general llegaría en el futuro [«der Generalklausel gehöre die Zukunft»]. La introducción de la cláusula general ha sido bien acogida en la doctrina y se la puede considerar suficientemente conocida. Menos comentada y desde luego mucho menos conocido es el hecho de que la cláusula general no sólo ha sustituido al anterior método de enumeración en las acciones dirigidas a la impugnación de las actuaciones de los poderes públicos que lesionaran derechos, sino que también ha suprimido la anterior limitación de los tribunales administrativos a una actividad puramente anulatoria y les ha reconocido la potestad de condenar a las autoridades del Estado o de cualquier otro poder público, al dictado de actos administrativos. De este modo ha llegado a ser perfecta, por primera vez, la tutela judicial del particular frente al todopoderoso Estado. La Ley Fundamental ha confirmado esta novedad, alcanzada ya en las leyes de justicia administrativa de las zonas de ocupación americana y británica y parcialmente recogida en las constituciones de los «Länder» y también la ha introducido por primera vez en los «Länder» de la zona de ocupación francesa, al abrir la vía judicial frente a toda lesión de derechos del ciudadano que proceda del poder público, y al incluir naturalmente en el concepto de lesión también las que se producen como consecuencia de la omisión de un acto administrativo jurídicamente obligatorio» (todas las cursivas

de la Justicia administrativa en las zonas de ocupación norteamericana y británica fue preparada por sendas comisiones y aprobada finalmente por las respectivas autoridades

son más, salvo la última). Menger, C.-F.: *System*, cit., pg. 194, dice, refiriéndose a las leyes sobre la justicia administrativa aprobadas en la posguerra, que «este abandono del principio de que las Sentencias que se dicten en relación con actos administrativos [se refiere tanto a la impugnación de actos administrativos de gravamen como a las pretensiones de condena respecto de actos favorables] sólo pueden ser “casatorias” supone una innovación en el Derecho procesal administrativo alemán. Es cierto que ya el §42.2 de la Ley de Hamburgo sobre la justicia administrativa de 2 de noviembre de 1921 y el §48.2 de la Ley de Bremen sobre la justicia administrativa de 6 de enero de 1924 establecían una acción contra la “denegación de un acto administrativo [‘Amtshandlung’]”. En estos casos, sin embargo, si el acto administrativo había sido denegado ilegalmente, el Tribunal sólo podía anular el acto administrativo denegatorio, mientras que no estaba facultado para condenar a la Administración a dictar el acto administrativo, salvo en lo que se refiere a pretensiones de condena en otros asuntos jurídico-públicos no relacionados con la producción de actos administrativos» (la cursiva es mía). En el mismo sentido, HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pgs. 37-39; UNRUH, G.-C. V.: «Verwaltungsgerichtsbarkeit», en JESERICI, K. G. A., H. POHL y G.-C. V. UNRUH (Hrsg.): *Deutsche Verwaltungsgeschichte* (5 vols.). Stuttgart, 1987, vol. V, pgs. 1178-1196, así como los siguientes trabajos incluidos en ERICHSEN, H.-U., W. HOPPE y A. V. MUTIUS (Hrsg.): *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1985; ULE, C. H.: «Die geschichtliche Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in der Nachkriegszeit», pgs. 81-103 (esp. pgs. 82-83); GRAWERT, R.: «Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik», pgs. 35-55 (esp. pgs. 47 y 52), así como GENZMER, F.: «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit», en ANSCHÜTZ, G. y R. THOMA (Hrsg.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (2 vols.). Tübingen, 1930 (vol. I) y 1932 (vol. II), pgs. 506-523; FROMONT, M.: *Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, pg. 192. Aunque algunos «Länder» habían introducido durante la República de Weimar en su legislación una cláusula general atributiva de competencia a la jurisdicción administrativa, aún se discutía la ubicación de esta última (en el ejecutivo o en el poder judicial; había distintas soluciones en la legislación de los «Länder») y las acciones que se podían deducir eran fundamentalmente de tipo anulatorio: las únicas excepciones aparecían en «Länder» en los que la justicia administrativa estaba encuadrada en el ejecutivo, de modo que se trataba más bien de potestades de revisión de unos órganos administrativos sobre otros.

La constatación de estos hechos relativos al origen de la legislación alemana y a las influencias presentes en ella no me parece una mera curiosidad erudita más o menos irrelevante, sino un dato de gran trascendencia cuando estamos examinando esa legislación desde el Derecho español y a efectos de la posible toma en consideración de algunas de sus instituciones para resolver problemas planteados entre nosotros. A mi juicio, poner de manifiesto las influencias que han pesado en la actual VwGO supone descartar cualquier idea de nacionalismo jurídico o de superioridad de un determinado sistema jurídico-positivo en virtud de una tradición más o menos larga. Por el contrario, instituciones perfectamente asentadas en Alemania en 1998 (y desde hace décadas) supusieron en 1945 un cambio bastante brusco, inducido además por un factor tan poco endógeno como unos Gobiernos militares de ocupación y que necesitó un importante esfuerzo doctrinal de racionalización para asentarse. Probablemente pueda afirmarse que, cuando un cambio normativo importante se asienta en valores jurídico-materiales tan importantes como la dignidad de la persona y el Estado de Derecho, y además se apoya en instituciones tan conocidas como el sistema de pretensiones que la justicia ordinaria lleva utilizando desde siempre y que está perfectamente racionalizado y explicado al menos desde finales del siglo XIX (como ocurre con la participación en pretensiones declarativas; constitutivas y de condena), es perfectamente posible que un ordenamiento pueda asumir esa evolución. Todo ello abre, en mi opinión, nuevas perspectivas para nuestro sistema de justicia administrativa, especialmente en un contexto como el actual caracterizado por la gran permeabilidad de los sistemas jurídicos como consecuencia de la integración europea. Nuestro sistema de justicia administrativa se ha caracterizado hasta el momento por una gran resistencia a abandonar los esquemas dogmáticos heredados, aunque hayan quedado totalmente vacíos de contenido. Baste recordar que la LJCA/1998 ha mantenido en los dos apartados del art. 31 un modo de describir las pretensiones anulatoria y de condena que, sobre ser cuando menos perifrástico o críptico, procede directamente de la LJCA/1956 que a su vez lo recogió de la Ley de 1888 afirmando expresamente en la Exposición de Motivos (§II.2) que los presupuestos en que se apoyaba estaban ya superados.

des militares. Estas Leyes fueron a su vez el modelo de la actual VwGO («Verwaltungsgerichtsordnung»), cuyos trabajos preparatorios se prolongaron desde 1952 a 1959, entrando en vigor el 1 de abril de 1960<sup>70</sup>.

## b) La regulación de las distintas pretensiones.

El sistema de acciones de la VwGO parte de una auténtica cláusula general, la contenida en el §40.1, según el cual este orden jurisdiccional conoce de todas las cuestiones de Derecho público, siempre que no sean de tipo constitucional (lo que atraería la competencia del Tribunal Constitucional Federal o de los Tribunales Constitucionales de los «Länder») ni estén atribuidas expresamente por una ley federal a otro orden de Tribunales. Cuando hablo de *cláusula general* (por oposición a un «sistema de lista») no me refiero sólo al punto de vista material, a que la jurisdicción administrativa se extienda a todos o sólo a determinados sectores de la actividad administrativa, sino también a un aspecto *formal*: que en el ámbito de materias incluidas en la jurisdicción administrativa, los ciudadanos puedan deducir pretensiones de acuerdo con sus necesidades, utilizando cualquiera de los tipos de pretensiones conocidas en el Derecho procesal común, sin estar condicionados por una determinada forma de actuación administrativa, como ocurre cuando sólo pueden impugnar actos administrativos o sólo pueden presentar demandas en relación con tales actos<sup>71</sup>. Ésta es otra de las novedades más importantes de la VwGO, parcialmente adelantada en las leyes de la posguerra<sup>72</sup>.

70. El texto inicial de la Ley se publicó en el BGBl, I, pg. 17. Desde entonces ha sufrido múltiples reformas (normalmente muy concretas) a las que iré haciendo referencia en la medida necesaria. El Proyecto que daría lugar a la VwGO tuvo una tramitación compleja y fue presentado en tres legislaturas distintas: en la primera, el 15 de abril de 1953 (publicado en «Bundestag-Drucksachen», 1/4278), en la segunda, el 12 de abril de 1954 («Bundestag-Drucksachen», 2/462), y por fin, bajo la firma del Canciller Ludwig Erhard, en la tercera legislatura el 5 de diciembre de 1957. Está publicado, junto con la exposición de motivos artículo por artículo, en «Bundestag-Drucksachen», 3/55. Como es usual en Alemania, durante la tramitación legislativa se consultó formalmente a diversos expertos, entre los que destaca O. BACHOF. En *Bundestag-Drucksachen*, 3/1094 (30 de abril de 1959), se puede ver el texto del Proyecto y las modificaciones introducidas a propuesta de la Comisión que lo informó.

71. Desde este punto de vista, el Derecho español mantiene aún una versión matizada del sistema de lista, como explicaré con más detenimiento infra, en el Capítulo VIII. Se trata de un sistema de lista *formal*, porque la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conoce de las cuestiones que se planteen en cualquier sector del Derecho público (no constitucional), pero para que puedan llegar al contencioso esas cuestiones deben ponerse en relación con un acto administrativo, un supuesto de inactividad administrativa o una actuación en vía de hecho. Ello es una herencia de la LJCA/1956, que a su vez mantuvo esa terminología, procedente del contencioso revisor de 1888 (como ella misma recuerda en la Exposición de Motivos), para no hacer demasiado brusco el cambio que introducía. La LJCA/1998 pretende ampliar el ámbito del recurso contencioso-administrativo y por tanto las pretensiones que se pueden hacer valer en el mismo, pero la vía utilizada no es atribuir a este orden jurisdiccional todas las cuestiones que se planteen en una determinada rama del Derecho, sino ampliar el catálogo de formas de actuación administrativa *en relación con las cuales* se puede interponer un *recurso* contencioso-administrativo.

72. En este sentido, SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pg. 837; VON WEDEL, H.: «Zum Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage», *MDR*, 29 (1975), pgs. 97-102 (pg. 99); CZERMAK, F.: «Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung», *NJW*, 15 (1962), pgs. 776-778.



Frente al sistema anterior, en el cual las leyes indicaban exactamente qué pretensiones se podían deducir, todas ellas relacionadas con una u otra forma de actuación administrativa (impugnación de un acto, recurso contra la inactividad, etc.), la VwGO no regula exhaustivamente en ninguno de sus preceptos las clases de acciones o los distintos modos de acceder a la jurisdicción: las acciones expresamente reguladas (la de impugnación de actos, la declarativa, la de condena relativa a la obtención de actos, etc.) son supuestos especiales que reciben una regulación expresa, pero no excluyen la formulación de otras pretensiones reconocidas en el Derecho procesal común y que no están recogidas expresamente en la VwGO<sup>73</sup>.

En la Justicia administrativa alemana se admiten los tres tipos clásicos de pretensiones, articulados a través de distintos cauces procesales. En primer lugar, la acción impugnatoria o «Anfechtungsklage» (§42.1), que se interpone contra actos administrativos desfavorables y con la que se pide su anulación («Aufhebung»). En segundo lugar, las pretensiones de condena o «Leistungsklagen», que presentan dos variantes: la «Verpflichtungsklage» (§42.1), con la que se pide al Tribunal que condene a la Administración a dictar un acto administrativo después de que haya denegado la solicitud del particular (en este caso se habla de «Versagungsgegenklage») o haya permanecido inactiva («Untätigkeitsklage»), y la pretensión genérica de condena («allgemeine Leistungsklage»), cuando lo que se pide al Tribunal

73. La VwGO permite llegar implícitamente a esta conclusión en su §43.2, incluido en la regulación de la pretensión declarativa («Feststellungsklage»). Según este precepto, dicha pretensión sólo es admisible como subsidiaria de los otros dos tipos de pretensiones conocidos en Derecho común, la constitutiva («Gestaltungsklage») y la de condena («Leistungsklage»). Estas últimas no están reguladas expresamente en la VwGO, pero ésta da por supuesto que se pueden formular (§43.2), como parte del Derecho procesal general (y a partir de la cláusula de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil o ZPO del §173 VwGO). En el Proyecto de VwGO se incluía un precepto, el §40, que establecía que los demandantes podían solicitar la tutela de la jurisdicción administrativa mediante pretensiones de condena, declarativas o constitutivas, a fin de evitar que la mención expresa de algunas pretensiones (la de impugnación de actos administrativos, la declarativa y la de condena dirigida a la obtención de un acto administrativo) se interpretaran como excluyentes de los demás tipos de pretensiones. Sin embargo, fue suprimido para no coartar las posibilidades de evolución jurisprudencial del sistema y de admisión de nuevas formas de pretensiones. Vid. SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pg. 837; PIETZNER, R. y M. RONELLENFITSCH: *Das Assessorexamen*, cit., §8.1 (pg. 83); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., Vorb. §40.3 (pg. 118); HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, §13.1-4 (pgs. 232-233); HAPP, M. en EYERMANN, E.: *VwGO*. München, 1998 (10ª ed.), §42.61 (pg. 259). Es muy ilustrativo el artículo de BRÄUTIGAM, H.: «Verwaltungsrechtsweg und Klagearten. Ein Beitrag zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung», *DÖV*, 13 (1960), pgs. 364-368, en el que se razona por qué la mención expresa de algunos tipos de acciones no impide a los demandantes formular cualquier otra pretensión, aunque no esté incluida en esa enumeración legal. Para RÖNNEBECK, G.: *Klageformen im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen*, Diss. München, 1968, pg. 1, la atención relativamente escasa de la VwGO a la clasificación de las acciones se debe a la importancia de la cláusula general (art. 19.4 GG y §40 VwGO): al estar garantizado el acceso a la justicia administrativa para todas las pretensiones basadas en el Derecho público, es menos importante regular las acciones concretas, pues siempre se encontrará (en su caso mediante la aplicación analógica del Derecho procesal civil) una fórmula aplicable; en ausencia de una cláusula general, en cambio, el sistema legal de acciones es el que decide si una pretensión puede ser deducida en vía contenciosa (por encajar en una de esas acciones) o no. Como se verá con más detalle en el Capítulo X, el carácter abierto o cerrado del sistema de acciones repercute directamente en la interpretación del concepto de acto administrativo, ya que si todas las pretensiones deben deducirse en relación con un acto, se hace necesario manejar un concepto amplísimo de esta institución.

es que condene a la Administración a llevar a cabo una prestación material distinta de un acto administrativo (esta pretensión carece de regulación expresa en la VwGO). En tercer lugar, y con carácter subsidiario, la pretensión declarativa («Feststellungsklage», §43.1), con la que se pide al Tribunal que declare la existencia o inexistencia de una relación jurídica o la nulidad de un acto administrativo. El recurso directo contra reglamentos («Normenkontrollverfahren») está reconocido muy limitadamente, pues el §47 sólo lo admite contra los planes urbanísticos y contra aquellos reglamentos regionales que señalen las leyes de los «Länder»<sup>74</sup>.

Aunque esta primera descripción de las distintas clases de acciones permite hacerse una idea sobre su finalidad, conviene aclarar algunos aspectos. La acción impugnatoria («Anfechtungsklage») es una pretensión *constitutiva*, pues lo que se pide al Tribunal es la anulación del acto impugnado<sup>75</sup>. Antes de presentar la demanda es preciso interponer un recurso administrativo («Widerspruch») <sup>76</sup>. La de-

74. La VwGO sólo reconoce la posibilidad de interponer un recurso directo contra reglamentos («Normenkontrollverfahren») en los limitados términos del §47 (explicado en el texto) y ello sólo a partir de una reforma de 1976 (Ley de 24 de agosto, publicada en el BGBl. I, pgs. 2437 y ss.). La razón es que se supone que sólo los actos de aplicación de los reglamentos lesionan directamente derechos subjetivos de los particulares, por lo que el derecho a la tutela judicial (art. 19.4 GG) sólo exige que se puedan impugnar estos actos aplicativos [como el BVerfG afirmó en sus autos de 27 de julio de 1971 y 18 de abril de 1984, publicados respectivamente en la colección oficial *BVerfGE*, 31, 364-370 (esp. pgs. 368-369) y en *NJW*, 37 (1984), pgs. 1805-1806]. Las demás leyes reguladoras de las otras jurisdicciones que conocen de asuntos de Derecho público, la financiera (Derecho tributario) y la social (Seguridad Social), no admiten en absoluto el recurso directo contra reglamentos. De hecho, hasta la reciente reforma de 1996 (Sexta Ley de Reforma de la VwGO), el recurso directo podía ser interpuesto, en los casos en que se admite, por cualquier *interesado* en la anulación del reglamento: como se consideraba un recurso «quasi» objetivo, la Ley no exigía la lesión en derechos subjetivos que se exige en las acciones anulatorias y de condena. La Sexta Ley de Reforma ha endurecido los requisitos de legitimación, al limitar la posibilidad de recurrir a quienes resulten lesionados en sus derechos por el reglamento o bien cuando sea previsible que la aplicación del mismo va a producir dicha lesión. Con ello se pretende sobre todo reducir el número de recursos. La doctrina actual rechaza la tesis de que el recurso directo contra reglamentos sea innecesario para la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos y propone, como vía para cubrir las lagunas en dicha tutela judicial que se derivan de la limitación del recurso directo, la utilización de acciones declarativas en las que se pida que se declare que el reglamento es nulo de pleno derecho. Sobre este tema, vid. SCHENKE, W.-R.: «"Reform" ohne Ende. Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG)», *NJW*, 50 (1997), pgs. 81-93; KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §47.9 (pg. 590); PETERS, W.: «Zur Zulässigkeit der Feststellungsklage (§43 VwGO) bei untergesetzlichen Normen», *NVwZ*, 18 (1999), pgs. 506-507.

75. Vid. PIETZNER, R. y M. RONELLENFITSCH: *Das Assessorexamen*, cit., §9.1 (pg. 85); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, §42.2 (pg. 293); ENGELHARD, H.: «Anfechtungsklage-Vornahmeklage», cit., pg. 1377; SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pg. 837.

76. La vía administrativa de recurso o «procedimiento previo» («Vorverfahren») está regulada en los §§68-73 de la VwGO. La regulación del recurso administrativo previo a la vía judicial en la VwGO y no en la Ley de Procedimiento Administrativo (como ocurre en España, arts. 107-117 LRJ-PAC) tiene una relevancia jurídica muy notable, porque sólo así el legislador federal puede dictar para él una normativa que sea aplicable a todas las Administraciones Públicas. La Federación es competente para regular el procedimiento judicial (art. 74 GG, materia 1ª), aunque en realidad se trata de una competencia concurrente y no exclusiva. Los *Länder* son competentes para regular el procedimiento administrativo aplicable a su propia actuación cuando ejecuten leyes dictadas por ellos mismos o incluso en el supuesto ordinario de ejecución autonómica de leyes federales (art. 84.1 GG). Aunque se discute si los recursos están más ligados al proceso judicial o al procedimiento administrativo, el legislador federal los reguló

manda ha de interponerse en un plazo de un mes desde la resolución expresa del recurso (§74)<sup>77</sup>. Transcurrido ese plazo, el acto deviene irrecurrible, adquiriendo la firmeza típica de los actos administrativos («Bestandskraft»), sin perjuicio de su posible revisión o revocación, de oficio o a instancia de un interesado<sup>78</sup>. La pretensión se estima, es decir, la sentencia anula el acto, cuando éste sea contrario a Derecho y esa ilegalidad vulnere un derecho subjetivo del demandante (§§42.2 y 113.1).

La pretensión de condena dirigida a la obtención de un acto administrativo («Verpflichtungsklage») se considera una auténtica pretensión de condena, es decir, una pretensión que no implica impugnación del acto administrativo que haya denegado la solicitud del particular (si es que se ha dictado tal acto expreso) y que concluye, cuando es estimada, con una sentencia que condena a la Administración a dictar el acto en lugar de limitarse a *anular* el acto denegatorio o a *declarar* que la denegación es contraria a Derecho o que el demandante tiene derecho a que la Administración dicte el acto solicitado<sup>79</sup>. Por tanto, en el Derecho alemán sólo se

en la VwGO y las leyes de procedimiento administrativo, federal y de los «Länder», aprobadas en torno a 1976, han dado por buena esta opción y se han declarado supletorias de la VwGO (así en el §79 de la VwVfG federal). Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §5.4 (pgs. 69-70).

77. En caso de que el órgano competente no resuelva expresamente el recurso administrativo, el §75 permite interponer directamente la demanda (sin hablar en absoluto de resolución presunta o de que el recurso administrativo se entiende desestimado), *señalando exclusivamente un plazo mínimo de tres meses* desde la interposición del recurso administrativo, plazo que puede flexibilizarse hacia abajo (si el demandante alega razones de urgencia en la presentación de la demanda) o hacia arriba (si la Administración solicita que se le conceda más tiempo para resolver expresamente el recurso administrativo). Aunque el §75 no indica un plazo máximo para la presentación de la demanda, la jurisprudencia suele sostener que se aplica el plazo de un año que el §58 establece para los supuestos de notificaciones defectuosas (HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §16.35, pg. 332).
78. Sobre estas figuras, vid. BOCANEGRA SIERRA, R.: *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Oviedo, 1998, pgs. 10 y ss., y GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza*, de próxima aparición.
79. Uno de los grandes méritos de O. BACHOF, en la construcción del sistema de Justicia administrativa de la VwGO es haber mostrado que, cuando la Administración ha lesionado los derechos de un ciudadano mediante su inactividad o su negativa a dictar un acto que está obligada a dictar, la única forma de otorgar a ese ciudadano la tutela judicial efectiva a que tiene derecho (art. 19.4 GG) consiste en que el Tribunal dicte una sentencia que condene a la Administración a dictar el acto omitido. O. BACHOF, desarrolla esta argumentación en *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pgs. 59-61. Este libro se publicó en 1951, es decir, en plena vigencia de las leyes de posguerra que, aunque regulaban expresamente la pretensión dirigida contra la omisión o denegación de un acto administrativo, la configuraban como acción impugnatoria de la inactividad o de la denegación. La contribución de O. BACHOF ha sido decisiva para la evolución posterior del sistema, tanto en el texto de la VwGO como en la doctrina y jurisprudencia posteriores, para las que el dato de que la «Verpflichtungsklage» es una pretensión de condena es ya un axioma: por todos, vid. REDEKER, K. y H.-J. VON OERTZEN: *VwGO*, §42.6 (pg. 150); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §42.6 (pg. 296); ENGELHARD, H.: «Anfechtungsklage-Vornahmeklage», cit., pg. 377; SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pgs. 837-838 (donde afirma que la propia denominación procede de BACHOF); MENDER, C.-F.: *System*, cit., pg. 194; HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pg. 112 (donde se puede ver un repaso de las resistencias iniciales de la doctrina); PFEIFER, H.: «Streitgegenstand bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Auswirkungen der Unterschiede auf die Wahl des richtigen Rechtsschutzmittels und die Methodik der Urteilsfindung», *DVBl*, 78 (1963), pgs. 653-661; RÖNNEBECK, G.: *Klageformen*, cit., pg. 7. Frente a ello se opone siempre la misma objeción: no es necesario afirmar expresamente que se trata de una pretensión de condena a la que se debe dar lugar mediante

impugnan los actos desfavorables en sentido estricto (una multa, por ejemplo), pero no los simples actos denegatorios (el rechazo de la solicitud de una licencia urbanística, por ejemplo), pues frente a éstos se deduce directamente una pretensión de condena o «*Verpflichtungsklage*» (§42.1)<sup>80</sup>. Cuando la Administración haya denegado expresamente el acto administrativo solicitado por el particular, antes de deducir la pretensión de condena en sede judicial habrá que interponer un recurso administrativo en los mismos términos que en los casos de impugnación de un acto administrativo (§68.2). Por el contrario, si la Administración no contesta a la solicitud del particular, éste podrá deducir directamente una pretensión de condena en sede judicial, sin necesidad de provocar la producción de un acto presunto ni de interponer un recurso administrativo (§75)<sup>81</sup>. Igual que sucede cuando la Administración no resuelve expresamente el recurso administrativo («*Widerspruch*»), la VwGO no establece en el §75 un plazo para la interposición de la demanda, sino únicamente un plazo mínimo indicativo (tres meses a partir de la presentación de la solicitud ante la Administración), si bien la Jurisprudencia acepta normalmente como máximo el plazo de un año que se establece en el §58.2 para los casos de notificaciones omitidas o defectuosas<sup>82</sup>. En estos procesos, cuando

una sentencia de condena, porque si una sentencia anula un acto o declara contraria a derecho una acción u omisión administrativa por vulnerar un derecho del demandante, la Administración extraerá por sí misma las consecuencias del fallo y procederá a dictar el acto a que está obligada: vid. el argumento y su refutación en BACHOF, O.: op. cit., pgs. 61-62, así como HÄNNI, P.: *Die Klage auf Vornahme*, cit., pg. 286. Sobre esta clase de pretensiones en la legislación anterior a la VwGO, vid. LOPPUCI: «Die verwaltungsgerichtliche Klage wegen Nichtvornahme von Verwaltungsakten», *NJW*, 6 (1953), pgs. 9-12.

80. Una buena explicación de este mecanismo en BEITTERMANN, K. A.: nota a la Sentencia del *BVerwG* de 30 de abril de 1971, cit., pg. 376. Conviene notar que ésta es la tesis que se ha impuesto en la práctica y en la doctrina, pero no la idea que se refleja en los antecedentes parlamentarios. En la exposición de motivos del Proyecto («*Bundestag Drucksache*» 3/55, pgs. 31-32), se dice que la acción impugnatoria y la de condena se complementan mutuamente, y que, por ejemplo, ante la denegación expresa de una licencia el demandante debería impugnar la denegación y para el caso de que fuese estimada esta pretensión formular también una pretensión de condena.

Volviendo a la construcción hoy dominante, en la que la pretensión de condena hace innecesaria cualquier impugnación y/o anulación de un eventual acto denegatorio, en ella se encuentra, como ya se habrá notado, una de las principales diferencias respecto al sistema de acciones español, pues en éste es preciso impugnar el acto denegatorio y plantear la pretensión de condena *en relación con esa impugnación* (art. 31.2 LJCA). Nótese que esta cuestión no tiene nada que ver con el problema de la inactividad administrativa (ya que la Administración ha denegado expresamente la solicitud del particular) y la diferencia entre ambos ordenamientos jurídicos se ha mantenido a pesar de la introducción en el art. 29 de la LJCA/1998 del recurso contra la inactividad.

81. Aquí se encuentra otra diferencia básica respecto a nuestra LJCA, ya que en Derecho español es necesario provocar la producción del silencio administrativo y posteriormente interponer en su caso recurso de alzada (arts. 43 y 115 LRJ-PAC). El recurso directo contra la inactividad administrativa (art. 29 LJCA) no se aplica a estos casos, porque sólo entra en juego cuando el ciudadano solicita una actuación administrativa *distinta de un acto administrativo*. Aunque en Derecho alemán se habla de «pretensión relativa a la inactividad» («*Untätigkeitsklage*»), la acción no tiene estructura impugnatoria de dicha inactividad sino que es exclusivamente una pretensión de condena.
82. Respecto a la falta de un plazo estricto para la producción del «silencio administrativo» y la apertura de la vía judicial, que resulta sorprendente para un observador español, acostumbrado a la rigidez de los arts. 43 y 44 LRJ-PAC, especialmente antes de la modificación introducida por la Ley 4/1999, O. BACHOF observaba, comparando la regulación alemana con la fran-

el particular tenga derecho a la emisión del acto administrativo solicitado, la sentencia condenará a la Administración a dictarlo (si existe en los autos material suficiente como para poder dictar esa resolución) o bien a volver a examinar y resolver sobre la solicitud del particular ateniéndose a los pronunciamientos de la sentencia (si a lo largo del proceso no se ha podido aclarar completamente a qué está obligada la Administración, lo que sucederá sobre todo cuando ésta sea titular de un margen de discrecionalidad no agotado)<sup>83</sup>.

Cuando el demandante no aspire a la obtención de un acto administrativo, sino a otro tipo de actuación administrativa, la pretensión de condena no se encuadrará en la «*Verpflichtungsklage*», exclusiva del proceso administrativo, sino que se tratará de una pretensión de condena genérica («*allgemeine Leistungsklage*»), es decir, equiparable a las pretensiones de condena que se deducen en vía civil<sup>84</sup>. Precisamente por su semejanza a las acciones de condena del Derecho procesal general, esta pretensión no está regulada expresamente en la VwGO, aunque se la menciona en varios preceptos (como los §§43.2 y 113.4) y se aplica en virtud de la supletoriedad genérica del Derecho procesal común y en particular de la Ley de

cesa, que la flexibilidad en el plazo (que atribuye una importante facultad discrecional a los jueces) es positiva porque permite acudir inmediatamente a la vía judicial cuando hay una situación de necesidad en la que no se puede esperar sin grave daño el transcurso de un plazo de tres meses, y a la vez se puede conceder más tiempo a la Administración para resolver la solicitud o el recurso ordinario, cuando no haya tanta urgencia y se deba llevar a cabo una actividad de instrucción considerable («*Die verwaltungsgerichtliche Klage*», cit., pgs. 38 y 39).

83. Sobre el contenido de la Sentencia en los casos en que se hayan formulado pretensiones de condena, regulado en el §113, vid. infra, Capítulo XII.

84. Sobre esta pretensión, además de las referencias generales ya indicadas, vid. SCHÄFER, W.: «*Die Klagearten*», cit., pg. 839; HOLLAND, R.: «*Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß*», *DÖV*, 18 (1965), pgs. 410-412; HÄNNI, P.: *Die Klage*, cit., pgs. 241-242. Actualmente no se discute que el criterio de distinción entre la «*allgemeine Leistungsklage*» (prestación genérica de condena) y la «*Verpflichtungsklage*» es que el objeto de la condena solicitada por el demandante sea un acto o una prestación distinta. Es lo que se desprende, como he explicado en el texto, del tenor literal del §42.1 VwGO. En 1968, RÖNNEBECK, G.: *Klageformen*, cit., propuso (siguiendo a su maestro P. LERCHE) una tesis alternativa, según la cual la «*Verpflichtungsklage*» debería abarcar todas las relaciones caracterizadas por la desigualdad entre la Administración y el ciudadano (es decir, aquellas relaciones en que la Administración pueda decidir unilateralmente, aunque en el caso concreto haya decidido no recurrir al acto administrativo), quedando reservada la «*allgemeine Leistungsklage*» para las relaciones de igualdad, que en Derecho público se dan entre entes públicos y sólo excepcionalmente entre la Administración y los ciudadanos (en Alemania, cuando se celebra un contrato de Derecho público, ya que en ese caso queda excluida la autotutela). Todo el libro se dedica a la exposición de esta tesis, aunque se pueden destacar las pgs. 150-168. Aunque esta propuesta doctrinal no ha sido aceptada por la jurisprudencia ni ha tenido eco, es interesante, no sólo por ser casi la única monografía dedicada a este tipo de pretensiones (junto a la de BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit.), sino por poner de manifiesto el papel tan subordinado del acto administrativo en Derecho alemán, respecto a las características materiales de la relación jurídica sustantiva que a través del acto resulta constituida, modificada o extinguida. La tesis de RÖNNEBECK fue apuntada en las primeras ediciones del comentario a la VwGO de EYERMANN y FRÖHLER (así la 3ª, de 1962, §40.6-8 y §42.4-7) y defendida por BETTERMANN, K. A.: «*Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung*», *NJW*, 13 (1960), pgs. 649-657 (pg. 650), y ENGELHARDT, H.: «*Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß*», *JZ*, 16 (1961), pgs. 588-593. En contra, HEGEL, H.: «*Kann mit der Verpflichtungsklage auch die Verurteilung zur Vornahme einer sogen. Amtshandlung begehrt werden?*», *JZ*, 18 (1963), pgs. 15-17; «*Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO*», *DÖV*, 18 (1965), pgs. 413-416.

Enjuiciamiento Civil o ZPO (§173)<sup>85</sup>. Esta pretensión es estrictamente de condena, es decir, no se deduce en relación con ninguna actuación o inactividad administrativa previa y no es necesario interponer previamente ni una solicitud ni un recurso administrativo<sup>86</sup>. La sentencia estimatoria, en consecuencia, es una sentencia de condena que obliga a la Administración a llevar a cabo la prestación de que se trate, siempre que el demandante tenga un derecho subjetivo a la misma.

Al no estar regulada expresamente en la VwGO, la «allgemeine Leistungsklage» no tiene un objeto delimitado estrictamente (lo que sí les sucede a la acción impugnatoria y a la «Verpflichtungsklage») y por tanto sirve para canalizar determinadas peticiones de los particulares que no encajan exactamente en otras acciones y que tampoco se satisfacen con simples pronunciamientos declarativos<sup>87</sup>.

85. El recurso contra la inactividad administrativa del art. 29 LJCA se parece a la «allgemeine Leistungsklage» en la medida en que se refiere a la petición de actuaciones administrativas *distintas de un acto administrativo*. Sin embargo, se diferencia de ella en que mantiene la misma estructura impugnatoria de los recursos contra actos administrativos (como se ve en los arts. 29.1 «in fine» y 70.2, entre otros; la única diferencia es que el objeto de impugnación es la inactividad en sí misma y no un acto presunto que sirva como «cristalización» o precipitado de ella) y en que lo único que se puede solicitar es una «prestación concreta» (art. 29.1), mientras que la «allgemeine Leistungsklage» tiene, como se verá a continuación en el texto, un ámbito amplísimo.

86. He aquí una diferencia más con el recurso español contra la inactividad, en el cual el demandante debe presentar previamente una reclamación en vía administrativa, que la Administración tiene tres meses para contestar (art. 29.1 LJCA). De hecho, la VwGO no regula la «allgemeine Leistungsklage» porque, al no haber vía administrativa previa (al contrario de lo que sucede en la acción impugnatoria y en las pretensiones de condena dirigidas a la obtención de un acto administrativo), no plantea ninguna peculiaridad respecto a las pretensiones de condena de la Jurisdicción Civil.

De todas formas, y como se verá en el Capítulo X, no sería correcto enfatizar el dato de que la formulación de la «allgemeine Leistungsklage» no exige agotar una «vía administrativa previa». Como ha recordado entre nosotros GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 725, está en la naturaleza de las cosas que el acreedor se dirija extrajudicialmente al deudor antes de acudir a los Tribunales. Lo contrario podría ser incluso un indicio de mala fe. Otra cosa es que esa tentativa de satisfacción extrajudicial tenga que estar necesariamente formalizada en una vía de recurso y dificultar el acceso a los Tribunales. En Derecho alemán, la «allgemeine Leistungsklage» no supone impugnación de un acto administrativo, y ni siquiera de un acto administrativo denegatorio, puesto que su objeto son actuaciones o prestaciones administrativas que no se producen mediante acto y cuya denegación tampoco constituye resolución administrativa, sino una simple inactividad. Por ello tampoco se exige formular un recurso administrativo («Widerspruch»), que sólo tiene sentido frente a actos. Pero, como uno de los presupuestos procesales es la «necesidad de protección jurídica» («Rechtsschutzbedürfnis»), de forma que el actor sólo puede poner en marcha la actividad judicial cuando le es necesaria para obtener la satisfacción de sus derechos, y no cuando persigue con ello otras finalidades, se le exige normalmente que acredite haber solicitado a la Administración, previa y extrajudicialmente, que satisfaga sus pretensiones. El concepto de «Rechtsschutzbedürfnis» se expone más adelante en la nota 95 de este Capítulo.

87. En este sentido, y continuando la comparación con el Derecho español que es la base de este epígrafe, la relación entre la «Verpflichtungsklage» (pretensión de condena dirigida a la producción de un acto administrativo) y la «allgemeine Leistungsklage» (pretensión genérica de condena) es opuesta a la que se da en Derecho español entre las dos categorías de pretensiones que constituyen, de alguna manera, su paralelo (el recurso contra la inactividad y la pretensión de condena ligada a la impugnación de un acto administrativo, art. 31.2 LJCA). En nuestro Derecho, el objeto del recurso contra la inactividad está estricta y agotadoramente regulado en el art. 29.1, mientras que el art. 31.2 es más abierto, con la consecuencia de que es este último el que actúa como cláusula genérica que canaliza aquellas necesidades de tutela judicial que, debiendo tener acceso al contencioso-administrativo por imperativo constitucional, no encajan en el recurso contra la inactividad.

La pretensión genérica de condena funciona así como una especie de «cajón de sastre» («Auffangklage») que acoge diversas subcategorías hoy ya prácticamente independizadas. Es el caso de la «Folgenbeseitigungsanspruch» o pretensión dirigida a la eliminación de las consecuencias de un acto ilegal (§113.1.2 VwGO)<sup>88</sup>. También las pretensiones en las que se pide al Tribunal que condene a la Administración a dictar un reglamento («Normerlaßklage») o lo que en nuestro Derecho se denomina recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho, en el que se pide el cese de una actuación administrativa ilegal y la remoción de sus efectos («Unterlassungsklage») <sup>89</sup>. Un supuesto de especial interés son las pretensiones preventivas («vorbeugende Unterlassungsklagen»), en las que se pide al Tribunal que condene a la Administración a *no realizar* una determinada actuación, ya se trate de la aprobación de un reglamento, el dictado de un acto administrativo o simplemente una actuación material<sup>90</sup>.

88. No se debe confundir esta pretensión con una petición indemnizatoria de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de un acto ilegal [arts. 31.2 y 71.1 d) LJCA]. La «Folgenbeseitigungsanspruch» se refiere a la eliminación «in natura» de los efectos de un acto ilegal que es impugnado a través de una «Anfechtungsklage», y no a la compensación de los mismos mediante una nueva prestación administrativa indemnizatoria, ya sea pecuniaria o de otro tipo. El reconocimiento de esta pretensión en el sistema alemán de justicia administrativa se debe estrictamente al esfuerzo dogmático de O. BACHOF que realizó una contundente fundamentación de la misma en *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pgs. (es interesante también lo que él mismo dice al respecto en el prólogo a la 2ª ed.). Como suele suceder en estos casos, no se trata de un problema exclusivamente procesal, sino de una cuestión sustantiva de gran trascendencia, como es si el principio de legalidad de la Administración (art. 20.3 GG) otorga al ciudadano un derecho subjetivo a obtener la eliminación de las consecuencias de la aplicación de aquellos actos ilegales que lesionen sus derechos, o bien es suficiente su eliminación «ex nunc» y la compensación indemnizatoria de los daños que se hayan podido producir. Vid. PIETZKO, G.: *Der materiellrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch*. Berlin, 1994, y sobre el encaje de esta acción en la pretensión genérica de condena, HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §17.10 (pg. 346).
89. Estas acciones no están reguladas expresamente en la VwGO. Por todos, vid. HUFEN, F.: §§16 y 20. Aunque hoy esta clase de pretensiones son ya rutinarias en la jurisdicción administrativa alemana, en la época en que ésta se reformó y fue aprobada la VwGO, fue necesario superar una opinión contraria que sostenía que en estos casos la única forma de tutela disponible debía ser la acción de responsabilidad extracontractual contra la Administración en vía civil. La refutación de esta tesis puede verse en RUPP, H. H.: «Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt. Eine Untersuchung zur prozeßrechtlichen Behandlung des schlichten Verwaltungshandelns insbesondere im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge», *DVBf*, 73 (1958), pgs. 113-120.
90. Sobre estas acciones y su encaje en la pretensión genérica de condena, vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §§16, núms. 1 y 10-14. Ha habido aquí una evolución progresiva en la interpretación de la VwGO desde los tiempos en que no se admitía la formulación de este tipo de pretensiones (como señaló A. NIETO en 1962, en «La inactividad de la Administración», cit., pg. 90). La pretensión preventiva (que en España niegan indiscriminadamente algunas Sentencias como la de 18 de diciembre de 1980 [RJ 1980, 4639], y 16 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 105331]) permite a los particulares evitar una situación que ha sido habitual, por ejemplo, en la evolución del Derecho comunitario y del ajuste al mismo de los Derechos nacionales: que sólo se pueda discutir en sede judicial la legalidad de una norma o de un acto administrativo (que imponen determinados requisitos contrarios al Derecho comunitario para la realización de determinadas conductas) cuando la Administración ha impuesto al particular una sanción por no ajustar su conducta a dicha norma o acto. En Derecho alemán, esta situación se ha visto como una vulneración del Estado de Derecho, ya que éste obliga al legislador a articular un sistema de pretensiones que permita al particular discutir judicialmente la legalidad de determinadas obligaciones que la Administración pretende imponerle, sin necesidad de esperar a ser sancionado por su incumplimiento. La admisibilidad de este

El cuadro se completa con las pretensiones declarativas («Feststellungsklagen»), reguladas expresamente en el §43 VwGO, con las que se pide al Tribunal que establezca, con la fijeza característica de la cosa juzgada, si una relación jurídica existe o no existe, o si un acto administrativo es o no nulo de pleno derecho. Aunque esta declaración sólo tiene sentido, naturalmente, en la medida en que vincula de algún modo la actuación futura del demandado, la sentencia contiene exclusivamente la declaración y no una orden o condena dirigida a éste, lo que la diferencia de las pretensiones preventivas («vorbeugende Unterlassungsklagen»), en las que se declara la ilegalidad de un eventual acto administrativo pero además se condena a la Administración a no dictarlo. Este tipo de pretensiones no están ligadas a un acto concreto (sobre todo cuando se trata del supuesto más común de pretensión dirigida a la declaración de que una determinada relación jurídica tiene, o no, el contenido y las características que le atribuye el demandante), por lo que no tienen carácter impugnatorio y además no se exige al demandante que esté afectado en sus derechos subjetivos o que tenga derecho a la declaración (lo que no tendría sentido), sino únicamente que tenga un interés legítimo en su obtención<sup>91</sup>. Esta pretensión es subsidiaria de los otros dos tipos (pretensiones constitutivas y de condena), como establece expresamente el §43.1 VwGO. Con ello se intenta impedir, especialmente, que se vulneren los requisitos de la pretensión impugnatoria (plazo, recurso administrativo previo) mediante la formulación de demandas en que se pida que se declare que un acto es ilegal o que la relación jurídica que pretendía constituir no existe, debido a esa ilegalidad<sup>92</sup>. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las demás acciones (impugnatoria o de condena) se ven reducidas en algunos casos a una pretensión declarativa, cuando antes de que se dicte sentencia el proceso queda privado de objeto (porque la Administración anula el acto impugnado o concede la prestación solicitada o porque un cambio normativo priva de base a la petición del particular) pero el demandante tiene un interés en que se declare cuál era la situación jurídica en el momento en que formuló su pretensión, por ejemplo a efectos de un proceso futuro de responsabilidad civil o para vincular a la Administración con una decisión dotada de la fuerza de cosa juzgada frente a eventuales cambios de opinión sucesivos<sup>93</sup>.

---

tipo de pretensiones en nuestro sistema de justicia administrativa es un problema abierto y la respuesta negativa al mismo es en múltiples ocasiones el verdadero motivo que late tras el tópico rechazo jurisprudencial de las pretensiones meramente declarativas (como he explicado en la nota 36 de este Capítulo).

91. Sobre los requisitos subjetivos de esta clase de pretensiones, vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §18.38 (pg. 362); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §43.23 (pgs. 542 y ss.). A diferencia de lo que ocurre en Derecho español, no se trata de que el particular solicite a la Administración que dicte un acto de contenido declarativo y a continuación impugne la denegación expresa o presunta de dicha petición, sino que deduce directamente la pretensión declarativa en sede judicial.
92. Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §18.14 (pg. 354). Sobre la posibilidad de atacar mediante una acción declarativa un acto administrativo cuyos efectos se han consumado completamente en el momento en que se presenta la demanda, vid. RENCK, L.: «Verwaltungsakt und Feststellungsklage – BVerwGE 26, 161», *JuS*, 19 (1970), pgs. 113-118 (se trata de un comentario a la Sentencia del BVerwG de 9 de febrero de 1967).
93. Se habla en estos casos de «Fortsetzungsfeststellungsklage», regulada en el §113.1 VwGO «in fine». Sobre esta pretensión, vid. HÄNNI, P.: *Die Klage*, cit., pgs. 239-240; EYERMANN, E.: *VwGO*,



c) Problemas de la articulación de las distintas pretensiones.

Aunque el anterior esquema (que ha sido presentado en otras ocasiones al lector español) agota prácticamente toda necesidad de tutela judicial que se puede plantear a los particulares frente a las Administraciones (con la excepción del recurso directo contra reglamentos, muy imperfectamente recogido), y además distribuye con bastante claridad las distintas pretensiones en uno u otro cauce procesal, lo cierto es que en no pocos casos el tema principal de una sentencia es si la «acción» elegida por el demandante es la correcta para deducir su petición, con la consecuencia, en caso de respuesta negativa, de que se dicta una resolución de inadmisibilidad<sup>94</sup>. Al demandante no le basta con elegir un cauce procesal cuyo éxito le permita satisfacer sus intereses (lo que en muchos casos puede lograrse de varias formas, ya que por ejemplo una sentencia declarativa indica a la Administración demandada qué es lo que debe hacer para actuar conforme a Derecho y en este sentido permite lograr una finalidad parecida a la pretensión de condena), sino que debe utilizar precisamente la acción que sea más adecuada para la satisfacción de su petición<sup>95</sup>. La complejidad del sistema está mitigada por el §86.3 VwGO,

cit., §113.97 (pg. 930); HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §18.53 y ss. (pg. 366). Por otro lado, y como recuerda BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pg. 55, toda sentencia desestimatoria es una sentencia declarativa, en cuanto establece que la relación jurídica postulada por el actor como fundamento de su pretensión no se ajusta a derecho.

94. Uno de los requisitos de admisibilidad de la pretensión o requisitos para que se dicte una Sentencia sobre el fondo («Sachurteilsvoraussetzungen»), es que se haya deducido la pretensión correcta («Statthaftigkeit der Klage»). En sentido crítico, vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §13.17; MARTENS, J.: «Effektiver Rechtsschutz durch isolierte Anfechtung», *DÖV*, 41 (1988), pgs. 949-957, pg. 950, y con anterioridad en «Die Klagearten», cit. F. HUFEN se muestra partidario de una simplificación del sistema de acciones, ya que entiende que las diferencias entre las mismas no justifican la actual complejidad que puede dar lugar a sentencias de inadmisibilidad y por lo tanto a un nuevo planteamiento del proceso. La legitimación, que es una de las diferencias entre las distintas acciones, se examina también en la fase de admisibilidad como un requisito autónomo. En cuanto al plazo y a la necesidad de interponer un recurso administrativo previo (otra de las principales peculiaridades de unas acciones por oposición a otras), es partidario de que se introduzcan con carácter general (recurso administrativo obligatorio en todos los casos, plazos de interposición también en la acción declarativa o en la pretensión genérica de condena, codificando la jurisprudencia dominante que los exige analógicamente en virtud del principio de buena fe) como mal menor frente al riesgo de una inadmisibilidad debida únicamente a la inadecuada elección de la pretensión. Según esta construcción, las únicas diferencias que deberían admitirse son las relativas al contenido de la Sentencia, que deben ser examinadas con el fondo del asunto y no en la fase de admisibilidad.
95. Esta exigencia se le hace al demandante en virtud del requisito de «Rechtsschutzbedürfnis» o «necesidad de protección jurídica». Sobre esta figura jurídica, vid. STEPHAN, B.: *Das Rechtsschutzbedürfnis. Eine Gesamtdarstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses*. Berlin 1967; BOCK, H.-C.: *Das Rechtsschutzbedürfnis im Verwaltungsprozeß*, Diss. Göttingen, 1971; HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pgs. 431-436; KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., Vorb. §40.30-57 (pgs. 135-149); PIETZNER, R. y M. RONELLENFITSCH: *Das Assessor examen*, cit., §18 (pgs. 193 y ss.). Se trata de un requisito de admisibilidad, es decir, uno de los presupuestos que deben concurrir en la pretensión para que el Tribunal pase a examinar el fondo de la misma (BOCK, H.-C.: op. cit., pg. 16; STEPHAN, B.: op. cit., pgs. 9 y 12). Consiste en que el demandante no sólo ha de estar legitimado, sino que ha de utilizar precisamente la acción que mejor tutela sus intereses. Con ello se pretende favorecer la economía procesal y evitar que un demandante pueda desviar el proceso de su finalidad legal, utilizándolo para la satisfacción de intereses que no merecen la tutela judicial (vid. STEPHAN, B.: op. cit., pgs. 19 y 21; BOCK, H.-C.: op. cit., pgs. 25-27). Debido a ese fundamento en principios generales de rango suprallegal como el

que, en el marco del principio de oficialidad, ordena al órgano judicial que haga a las partes las indicaciones necesarias para una formulación adecuada de sus peticiones. Puede suceder, sin embargo, que el demandante haya utilizado la pretensión que el Tribunal de primera instancia o de apelación considera correcta, pero obtenga una resolución de inadmisibilidad en casación (fase en la que ya no cabe reformular la demanda, naturalmente), si el BVerwG entiende que la fórmula procesal que se habría debido escoger es otra<sup>96</sup>.

Hay varios supuestos en los que se discute cuál es el cauce correcto para que el particular formule en vía judicial sus peticiones dirigidas a la Administración, y a continuación expondré brevemente algunos de ellos, los que más relación tienen con las pretensiones de condena<sup>97</sup>. El primero de ellos es el de los actos administrativos que se limitan a denegar una solicitud presentada por el particular. El solici-

de buena fe, la jurisprudencia exige la concurrencia de este requisito a pesar de no estar recogido expresamente en la VwGO. Uno de sus supuestos típicos de aplicación consiste en que el demandante formule una determinada pretensión para la que está legitimado (por ejemplo, una pretensión impugnatoria contra un acto que deniega una solicitud de autorización), habiendo otra fórmula procesal que tutela mejor sus intereses (en este caso, una pretensión de condena por la que se pide al Tribunal que ordene a la Administración otorgarle la autorización); sobre este caso concreto de falta de «necesidad de protección jurídica», vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §23.12 (pg. 432); STEPHAN, B.: op. cit., pgs. 34-37; BOCK, H.-C.: op. cit., pgs. 66-71. Entre nosotros, S. GONZÁLEZ-VARAS ha insistido mucho en esta técnica [«La técnica de la necesidad de protección jurídico-subjetiva en el proceso administrativo español», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1670 (1993), pgs. 2238-2252; *Problemas procesales*, cit., pgs. 36, 48, etc.], aunque hay que entender que pretende tomar de ella sólo la denominación, puesto que la aplica justo de forma opuesta a como funciona en Derecho alemán: es decir, no para denegar la admisibilidad de la pretensión cuando en realidad el demandante dispone de una forma más sencilla de obtener la tutela de sus derechos e intereses, sino para sostener que el legislador está obligado a regular en la legislación procesal todos los cauces que sean convenientes o necesarios para satisfacer cualesquiera necesidades de tutela judicial de los particulares. Entiendo que este deber del legislador se desprende sencillamente del art. 24.1 CE, como intentaré probar en el Capítulo IV.

96. Vid. un ejemplo en MARTENS, J.: «Effektiver Rechtsschutz durch isolierte Anfechtung», *DÖV*, 41 (1988), pgs. 949-957 (pg. 949).

97. Uno de estos supuestos, en el que no me detendré en el texto porque excede los límites de este trabajo y ya ha sido objeto por sí solo de más de una monografía, es el de la impugnación de las cláusulas accesorias de los actos administrativos favorables (condición, término, modo o carga, reserva de revocación). Las opciones que se plantean son: que el destinatario del acto que está disconforme con la cláusula accesoria tenga que impugnar todo el acto, que pueda limitar la impugnación a la cláusula accesoria (con la consecuencia de que puede mantener el contenido favorable del acto incluso si es ilegal y conseguir a su vez la anulación de la parte del acto que le perjudica) o bien que la acción correcta sea una pretensión de condena («Verpflichtungsklage»). Sobre este tema, vid., entre una bibliografía abundantísima, HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §14.55-68 (pgs. 265-273); MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 1997 (11ª ed.), §12 (pgs. 313 y ss.); ERICHSEN, H.-U.: en libro colectivo dirigido por él mismo, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin-New York, 1998 (11ª ed.), §15.29-33 (pgs. 319-321); PIETZNER, R. y M. RONELLENFITSCH: *Das Assessorexamen*, cit., pgs. 94 y ss.; LAUBINGER, H.-W.: «Die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen», *VerwArch*, 73 (1982), pgs. 345-368; KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §42-22-23 (pgs. 308-309); SCHENKE, W.-R.: «Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen», *JuS*, 23 (1983), pgs. 182-189; STIELKENS, P.: «Das Problem Auflage», *NVwZ*, 4 (1985), pgs. 469-471; FEIN, B. J.: «Die isolierte Auflagenanfechtung. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Planfeststellung», *DÖV*, 44 (1988), pgs. 202-211; PIETZCKER, J.: «Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen-unlösbar?», *NVwZ*, 14 (1995), pgs. 15-20. En la bibliografía española, VELASCO CABALLERO, F.: *Las cláusulas accesorias de los actos administrativos*. Madrid, 1996, pgs. 334 y ss.

tante, ¿está obligado en todo caso a deducir una pretensión de condena para que se ordene a la Administración estimar su solicitud, o puede limitarse a impugnar el acto denegatorio de tal forma que, si éste se considera ilegal, el asunto vuelva a la Administración para que ésta dicte una nueva resolución sobre su solicitud? Se trata de un problema de «necesidad de protección jurídica» o «Rechtsschutzbedürfnis», de forma que esta última pretensión sólo se admite cuando proporciona al demandante algún tipo de tutela para sus derechos que no podría obtener mediante una pretensión de condena, que es la acción que, teóricamente, le proporciona la tutela jurídica más adecuada<sup>98</sup>.

También es interesante la llamada «ergänzte Anfechtungsklage», que podría traducirse como «acción reformatoria», y que consiste en la posibilidad de que la sentencia, en lugar de anular sin más el acto impugnado, modifique su contenido para ajustarlo a Derecho, como autoriza dentro de ciertos límites el §113.2 VwGO, sobre todo en su versión inicial<sup>99</sup>. Aunque las normas de la legislación anterior, a

98. Esta acción, que consiste en la impugnación de un acto denegatorio como alternativa a la formulación de una pretensión de condena, se denomina «isolierte Anfechtungsklage». Dada su relación con los pronunciamientos admisibles en la Sentencia estimatoria de una pretensión de condena, se estudia en detalle infra, en el Capítulo XI.

99. Hasta su modificación por la Cuarta Ley de Reforma de la VwGO (Ley de 17 de diciembre de 1990, publicada en el BGBl, I, pgs. 2809 y ss.), dicho precepto disponía: «Si el acto administrativo impugnado se refiere a una prestación en dinero o en otras cosas fungibles o bien a una declaración, el Tribunal podrá modificar la cuantía de la prestación o sustituir la declaración por otra». La redacción actual, que procede de la citada reforma de 1990, es como sigue: «Si el demandante solicita la modificación de un acto administrativo que establezca una determinada cuantía económica o que contenga una declaración relacionada con la misma, el Tribunal podrá modificar la cuantía de la prestación o sustituir la declaración por otra». Según la exposición de motivos de la Ley de reforma («Bundes-tagsdrucksache» 11/7030, pg. 29), el objetivo que se perseguía era eliminar la referencia a las cosas fungibles («vertretbare Sachen»), aunque la modificación textual ha ido bastante más allá, pues ahora la modificación judicial de una declaración contenida en un acto administrativo exige que la misma se refiera a la fijación de una cuantía económica, exigencia que antes no aparecía en absoluto. Una de las consecuencias de la reforma es que, así como antes de la misma se discutía si el Tribunal podía ejercer esta facultad reformatoria de oficio o necesitaba una solicitud del demandante, a partir de la reforma parece claro que es preciso que el demandante pida expresamente que la Sentencia no anule el acto impugnado, sino que lo modifique. Ya antes de la reforma K. A. BETTERMANN se había pronunciado a favor de la petición del demandante: «Esta competencia reformadora del Tribunal debe conllevar, en virtud del principio dispositivo, la posibilidad de que el demandante formule una pretensión del mismo tipo» [en la nota a la Sentencia del BVerwG de 30 de abril de 1971, publicada en DVBl, 88 (1973), pgs. 375-377]. GERHARDT, M. en SCHIOCH, F., E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.38, entiende que tras la reforma sólo cabe el ejercicio de la facultad reformatoria como consecuencia de una petición del demandante. Sin embargo, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.154 (pg. 1642); REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.8 (pgs. 678-679; con cita de una Sentencia de 29 de diciembre de 1969 del BVerwG, publicada en BVerwGE, 34, pgs. 353-359, esp. pg. 355), y SPANNOWSKY, W. en SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., 113.183, prescinden de la modificación del precepto y dicen que el mismo sólo incrementa los poderes del Tribunal, sin exigir una petición de parte.

Este esquema procesal puede recordar a la pretensión regulada en el art. 31.2 LJCA y anteriormente en el art. 42 de la LJCA/1956. Es decir, en estos preceptos no se habla directamente de pretensiones de condena que permitan obtener una sentencia que ordene a la Administración dictar un determinado acto, pero en principio el resultado es similar porque la Sentencia declara un derecho del particular que la Administración debe reconocer o satisfacer, lo que en numerosos implicará la emisión de un determinado acto. El supuesto de la competencia «reformatoria» otorgada a los Tribunales por el §113.2 VwGO es diferente, puesto que aquí

las que este precepto sustituyó, se referían exclusivamente a la modificación de actos desfavorables (por ejemplo, impugnación de una liquidación tributaria y fijación judicial de un importe inferior en lugar de anularla completamente y encomendar a la Administración el dictado de un nuevo acto con la cuantía ajustada a derecho), lo cierto es que su tenor literal permitía aplicarlo a actos simplemente denegatorios, es decir, actos en los que se hubiera rechazado la solicitud del particular de que se le reconociera (declaración) un determinado «status» productor de efectos favorables (como objetor de conciencia, por ejemplo)<sup>100</sup>. Esto plantea un problema de delimitación con la prestación de condena, ya que parece que la petición del particular puede encajar tanto en ésta como la «acción reformatoria», con la particularidad de que en el primer caso el particular obtiene sólo una sentencia de condena (lo que hace necesario una actuación administrativa de cumplimiento) mientras que en el segundo la sentencia modifica el acto denegatorio y produce directamente los efectos perseguidos por el demandante. Pese a algunas construcciones doctrinales minoritarias, que no sin buenas razones pretendían mantener el rigor de la distinción entre pretensiones anulatorias y de condena<sup>101</sup>, la Jurisprudencia se reconoció a sí misma la posibilidad de superar el marco de las sentencias de condena y modificar directamente los actos impugnados<sup>102</sup>, posibili-

la Sentencia no «declara» un derecho, sino que modifica la declaración contenida en un acto administrativo, como recuerdan GERHARDT, M. en SCHÖCH, F., E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.39 y MÜLLER, H.: «Unter welchen Voraussetzungen ist das Verwaltungsgericht befugt, einen feststellenden Verwaltungsakt zu ändern?», *NfW*, 16 (1963), pgs. 23-24 y, en cambio, no distinguen adecuadamente REDEKER, K. y H.-J. VON OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.15.

100. Sobre los antecedentes del §113.2 (en su primera redacción), vid. MÜLLER, H.: «Unter welchen Voraussetzungen», cit. El precedente de este precepto se encuentra en los §§75.2 del Reglamento de la zona británica y 79.2 de las leyes de los «Länder» incluidos en la zona de ocupación norteamericana. En ellos se puede comprobar que la potestad del Tribunal de modificar el acto impugnado se aplica a los casos en que el demandante recurre un acto *desfavorable* en sentido estricto, es decir, un acto en el que la Administración le exige una prestación y no un acto en el que él exija una prestación a la Administración, supuesto en que la única posibilidad sería una acción de condena.
101. Algunos autores interpretaron la redacción inicial del §113.2 *VwGO* a partir de sus precedentes, es decir, aplicándola sólo a los actos que exijan una prestación al particular, no a los que simplemente denieguen una petición suya: es el caso de BETTERMANN, K. A.: «Teilanzfechtung, Teilkassation und Reformation von Abgabenbescheiden-Beiträge zu §113 Abs. 2 *VwGO*, §100 Abs. 2 FGO», en VOGEL, K. y K. TIPKE (Hrsg.): *Verfassung-Verwaltungs-Finanzen. Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag*. Köln, 1972, pgs. 233-255, esp. pg. 233. Otros, como F. O. KOPP, en anteriores ediciones de su *VwGO* (como la 8ª, de 1989, o la 10ª, de 1994, siempre en el §113.65), subrayaban que el §113.2 era una subcategoría de la acción impugnatoria («Anfechtungsklage»), y por tanto aplicable sólo a la impugnación de actos de gravamen en sentido estricto (ya que éste es el ámbito de las acciones impugnatorias: vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §§14.13 y 25.66). Sólo por analogía podría ser aplicado a las pretensiones en que el demandante solicita la emisión de un acto favorable.
102. La jurisprudencia utilizó esa potestad de modificar directamente las declaraciones contenidas en actos administrativos impugnados en múltiples casos (vid. una enumeración en KOPP, F. O.: *VwGO*, cit., 10ª ed., §113.66). Así, la Sentencia de 18 de enero de 1978 del BVerwG (publicada en la colección oficial BVerwGE, 55, pgs. 170-175) modifica un acto por el que la Administración determinaba, en aplicación de la legislación sectorial, el momento en que una vivienda dejaba de estar sometida al régimen de las viviendas construidas con apoyo oficial. La de 6 de diciembre de 1978 del mismo Tribunal (BVerwGE, 57, pgs. 158-168) otorga un ámbito amplísimo al §113.2, puesto que lo aplica a un acto análogo a la simple denegación de una autorización administrativa: «El solicitante puede impugnar la denegación y a la vez

dad que hoy ha quedado reducida a los actos de contenido exclusivamente pecuniario como consecuencia de la (inconsciente) reforma normativa de 1990<sup>103</sup>.

solicitar que se declare que su proyecto no es contrario a la Ley». La de 27 de enero de 1982 [BVerwGE, 64, pgs. 356-361, DVBl, 97 (1982), pgs. 548-550] se refiere a un supuesto de los típicamente incluidos en el §113.2: la Sentencia corrige a la baja el acto impugnado, que era una liquidación por gastos de urbanización girada por la Administración al demandante. Lo mismo pero en la dirección opuesta en la Sentencia del «Verwaltungsgericht» de Munich de 12 de agosto de 1982 [publicada en BayVBl, 113 (1982), pgs. 692-693], que corrige al alza el acto impugnado, en materia de devolución de ingresos. En algunos de estos casos simplemente se aplica el §113.2 mientras que en otros supuestos la Sentencia dice que se está aplicando análogicamente a las acciones de condena un precepto dirigido únicamente a las impugnatorias. Uno de los principales campos de aplicación del §113.2 VwGO a pretensiones de condena eran las solicitudes de reconocimiento como objeto de conciencia: denegada la solicitud por la Administración, y recurrida esa denegación por el particular, el Tribunal modificaba el acto denegatorio y reconocía directamente al demandante como objeto, en lugar de condenar a la Administración a dictar el acto de reconocimiento: así en la Sentencia de 14 de marzo de 1984 (BVerwGE, 69, pgs. 90-95). El apoyo teórico a esta jurisprudencia lo prestan trabajos como el ya citado de MÜLLER, H.: «Unter welchen Voraussetzungen», pg. 24, o el de SCHLINK, B. y J. WIELAND: «Klagebegehren und Spruchreife im Asylverfahren», DÖV, 35 (1982), pgs. 426-434.

103. En la Jurisprudencia han sostenido esta afirmación, que es la más conforme con el texto legal, las Sentencias del BVerwG de 29 de junio de 1992 [publicada en NVwZ, 12 (1993), pgs. 270-272] y 4 de noviembre de 1994 [NVwZ, 14 (1995), pgs. 496-497]. La primera de ellas hace un completo repaso de la situación anterior y explica adecuadamente las consecuencias de la reforma de 1990. Antes de dicha modificación, los Tribunales podían y debían declarar el derecho del demandante a ser reconocido como objeto, porque así lo autorizaba implícitamente la redacción entonces vigente del §113.2 VwGO y también porque así se favorece la economía procesal y porque, al tratarse de una decisión estrictamente reglada, el Tribunal puede adoptarla aplicando directamente la Ley, sin que los eventuales vicios formales que se hayan podido producir en el procedimiento administrativo afecten al contenido de la misma. Con la reforma «ha desaparecido la habilitación normativa que es necesaria para que el Tribunal administrativo pueda, haciendo una excepción al principio de división de poderes que se recoge en los arts. 20.2 y 20.3 de la GG, llevar a cabo directamente y por sí mismo la declaración, en lugar de la autoridad administrativa que es competente para ello» (pg. 271). Esa competencia ha quedado reducida a declaraciones relativas a una cantidad de dinero, de forma que en los demás casos el demandante tendrá que deducir una pretensión de condena y la eventual Sentencia estimatoria se limitará a ordenar a la Administración que adopte el acto correspondiente, pero no producirá por sí misma los efectos de ese acto (pg. 272). Respecto a los actos de contenido económico, la nueva versión del §113.2 VwGO autoriza al Tribunal a anularlos y remitir el asunto nuevamente a la Administración, en lugar de proceder él mismo a calcular el importe correcto, cuando para ello sean necesarias averiguaciones y actos de instrucción complejos. La Sentencia del BVerwG de 18 de enero de 1991 [publicada en DVBl, 106 (1991), pgs. 449-451] impone una interpretación estricta de ese precepto, de la que se desprende, por ejemplo, que en caso de contribuciones especiales su cálculo corresponderá como regla general al Tribunal en la Sentencia. En la doctrina, han recogido esta opinión sobre todo F. O. KOPP y W.-R. SCHENKE, en la 11ª ed. del VwGO (1ª ed., publicada tras el fallecimiento de KOPP y con la participación de SCHENKE), en el §113.150 (pg. 1641). Abundando en la idea ya expresada en anteriores ediciones, de que la competencia reformativa del §113.2 es una especialidad de la «Anfechtungsklage» (puesto que la Ley la recoge como un caso especial del §113.1, en el que se regula el contenido de las Sentencias anulatorias de actos administrativos) y por tanto no puede ser aplicada a las acciones dirigidas contra actos meramente denegatorios (ya que éstos deben ser atacados mediante la pretensión de condena o «Verpflichtungsklage»), rechazan su aplicación análogica a las pretensiones de condena (he aquí la diferencia con lo sostenido en ediciones anteriores), ya que supondría una vulneración del principio de división de poderes del que ha partido el legislador al regular las pretensiones de condena y establecer que la Sentencia se limitará a *condenar* a la Administración a dictar el acto, pero sin sustituirlo en sede judicial. Otros autores tienen una opinión menos clara o incluso contraria. Así, GERHARDT, M. en SCHIOCH, F., E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.44,

A primera vista puede parecer sorprendente que, si existe un cauce procesal adecuado para cada una de las pretensiones que un particular puede deducir, y además el sistema de justicia administrativa se basa en el principio dispositivo, pueda llegar a inadmitirse una pretensión por no haberse escogido la fórmula procesal adecuada, o discutirse cuál es la acción a que se debe recurrir en determinada situación. La explicación se encuentra, por un lado, en el ya mencionado requisito de la «necesidad de protección jurídica» («Rechtsschutzbedürfnis»), que obliga al demandante a escoger precisamente aquella vía que mejor tutela sus derechos e intereses<sup>104</sup>. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la discusión aparentemente procesal sobre la clase de acción adecuada en cada caso encubre problemas jurídicos sustantivos que en otros ordenamientos (por ejemplo el español) se plantean directamente. Así, el problema de la «ergänzte Anfechtungsklage» o competencia reformatoria de los órganos judiciales (§113.2) en concurrencia con las pretensiones y sentencias de condena, que se acaba de examinar, supone en realidad una forma dogmática y argumentativa de plantear el problema de si los Tribunales pueden sustituir a la Administración y producir con el fallo de las sentencias los mismos efectos de los actos que ésta tiene la obligación de dictar, o si deben limitarse a dictar en estos casos sentencias de condena, respetando el monopolio de la Administración en la producción de actos con eficacia directa frente a terceros<sup>105</sup>.

Ya hemos visto que algunos autores alemanes han criticado la complejidad del sistema de acciones y también hemos podido comprobar que en algunos puntos esa complejidad no es necesaria sino que se debe a intervenciones legislativas no del todo razonables. Se ha criticado, sobre todo, que el error en la elección de la fórmula procesal (o, en todo caso, el desacuerdo con la opinión del Tribunal, pues no en todos los casos hay una solución única aceptada por todos) lleve a la inadmisibilidad, cuando las principales diferencias entre unas y otras acciones se dan en el contenido de la sentencia. En este sentido, una de las conclusiones que se puede extraer de este repaso del sistema alemán es que el reconocimiento de una pluralidad de acciones o cauces procesales (como el que ha hecho en España la LJCA/1998) no debe convertirse en un obstáculo para el demandante, que le

---

aunque también rechazan la aplicación analógica del §113.2 a las pretensiones dirigidas contra la denegación de actos declarativos de tipo económico, aceptan que en estos casos el demandante se limite a impugnar el acto solicitando que se modifique al alza la cuantía económica fijada en el mismo, lo que produce el mismo resultado. Por su parte, F. HUFEN sólo estudia el §113.2 en relación con las acciones impugnatorias (*Verwaltungsprozessrecht*, cit., §38.35), pero a su vez acepta que, por ejemplo, un sujeto que no esté de acuerdo con la cuantía de una subvención que le haya sido otorgada, pueda impugnar la resolución y solicitar que el Tribunal fije una cuantía más alta. Mantiene la aplicación analógica a las pretensiones de condena SPANOWSKY, W. en SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.180.

104. En este sentido, se produce una paradoja: el demandante formula su pretensión con un determinado «petitum» y el Tribunal la inadmite (es decir, no le concede nada) porque debería haber formulado la pretensión de una forma que le hubiese concedido más (es decir, le concede menos de lo que pide porque debería haber pedido más).
105. A propósito de la «isolierte Anfechtungsklage» (que se estudiará en el Capítulo XI), lo que se discute en realidad es la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento.

impida hacer llegar sus peticiones al órgano judicial<sup>106</sup>. La pluralidad de acciones pretende responder a la pluralidad de necesidades del demandante, ayudando a que la concreta necesidad de tutela que éste tiene en cada caso se ponga de manifiesto al órgano judicial, lo que contribuye a hacer más predecible y más satisfactorio el funcionamiento del sistema. Pero la pluralidad de acciones pierde su justificación cuando, por ser desproporcionadamente compleja, se convierte en un obstáculo insalvable para el demandante. Ésta es la ventaja de los sistemas en que cabe plantear todas las pretensiones a través de un mismo cauce procesal, en los que importa más el concreto «petitum» del demandante que la utilización de un esquema prefijado en la ley<sup>107</sup>. El único inconveniente en estos casos (y de nuevo volvemos a las ventajas de la pluralidad de acciones) es que se vulnere el principio dispositivo (cuando los órganos judiciales no se consideran vinculados por la pretensión del demandante o tienden a igualar todas las demandas por abajo, considerándolas simplemente anulatorias) o que, precisamente por falta de una clasificación legislativa nítida de las pretensiones y sus efectos, no quede suficientemente claro el contenido y efectos de las distintas clases de sentencias, lo que afectará especialmente a las más incisivas y complejas, que son las de condena.

---

106. Como ha dicho GARCÍA PÉREZ, M.: *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 1999, pg. 87, nota 110, «[n]o sería coherente reemplazar el tan criticado sistema cerrado de pretensiones actualmente existente por otro, más completo, pero igualmente limitado. En realidad basta con dar cabida en el proceso contencioso-administrativo a cualquier petición jurídica, es decir, comprensible a la luz del derecho y amparada en un conflicto jurídico».

107. Es el caso, como veremos, del sistema de acciones de la LJCA/1956. Todas las pretensiones que se podían deducir (que en principio eran todas las imaginables) se articulaban a través del mismo cauce procesal o acción: la impugnación de un acto administrativo. Por tanto, toda discusión sobre la clase de pretensión que se puede articular en cada caso, quedaba aplazada hasta el momento del examen del fondo del asunto. Una vez cumplidos los requisitos de *toda* acción (es decir, la tramitación de la correspondiente vía administrativa previa), la única causa que podía impedir el éxito de la pretensión del demandante era su falta de apoyo en el ordenamiento jurídico, pero no una deficiencia en la elección de la vía procesal. La LJCA/1998 ha abierto discretamente la puerta a la pluralidad de acciones, con los recursos contra la inactividad y la vía de hecho, lo que permite, al menos teóricamente, que la elección de la forma correcta de acción se convierta en un problema de admisibilidad.

## Exigencias comunitarias a la configuración de las pretensiones de condena en el Derecho español

### 1. LOS DISTINTOS FRENTE DE LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL

En los últimos años viene siendo constante en la doctrina española (y en general europea) el recordatorio de la influencia del Derecho comunitario europeo sobre el Derecho administrativo interno y la necesidad de tener en cuenta las soluciones apuntadas por el primero<sup>1</sup>. No pretendo aquí repetir una vez más ese recordatorio, pero me parece necesario, para mayor claridad, distinguir los frentes o ámbitos en que el Derecho comunitario ejerce una influencia sobre nuestro Derecho administrativo interno. Con ello intento proceder con un mínimo de rigor y separar lo que podemos llamar «el modelo europeo» (es decir, la respuesta comunitaria al problema de las pretensiones de condena, que es tan buena o tan mala como la de cualquier otro ordenamiento y que puede ser, o no, tenida en cuenta por el legislador español) de las reglas y principios comunitarios que, en calidad de Derecho inmediatamente vinculante, pueden obligar al legislador español y a los demás operadores jurídicos (muy especialmente los Jueces y Tribunales) a configurar de un determinado modo nuestro sistema de pretensiones contencioso-administrativas<sup>2</sup>.

Las Comunidades Europeas son comunidades «de Derecho», según la consolidada expresión del TJCE con la que éste ha intentado suplir determinadas lagunas

1. De entre los trabajos en que se sistematiza y justifica esa influencia, pueden destacarse entre nosotros el de ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*. Madrid, 1989, esp. pgs. 227 y ss., con referencia específica a los problemas de la justicia administrativa, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», *REDA*, 103 (1999), pgs. 401-411; en Alemania se puede repasar el estado de la cuestión en los trabajos de ZULEGG, M. y H. W. RENGELING: en *VVDStRL*, 53 (1995), dedicados al tema «Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht-Wechselseitige Einwirkungen».
2. Separa estas dos vías de influencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos jurídicos nacionales SCHWARZE, J.: «Grundzüge und neuere Entwicklung des Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft», *NJW*, 45 (1992), pgs. 1065-1072 (esp. pgs. 1070-1071), así como, entre nosotros, ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, cit., pgs. 227 y ss.



del ordenamiento comunitario<sup>3</sup>. En ellas se plantea también, como en los Derechos de los Estados miembros, el problema de la inactividad administrativa, es decir, que los titulares del poder público (es decir, las instituciones comunitarias) vulneren por omisión el Derecho al que están sometidos. Este problema jurídico, que ha sido el origen de las pretensiones de condena en aquellos sistemas de justicia administrativa que las conocen, también ha sido abordado en Derecho comunitario, en especial mediante el recurso por omisión, regulado en los artículos 232-233 del TCE (en la versión consolidada, por la que cito a partir de ahora), 148-149 del Tratado CEEA y 35 del Tratado CECA.

Como veremos en el siguiente epígrafe, de la comparación de esta «vía de Derecho» con los mecanismos previstos en otros ordenamientos, se desprende que la misma parte de unos presupuestos muy diferentes y obtiene resultados que son, en general, bastante inferiores. En todo caso, el recurso contra las omisiones de las instituciones comunitarias no ejerce ninguna influencia sobre los sistemas de justicia administrativa de los Estados miembros, sin perjuicio de que éstos puedan tomarlo, al igual que cualquier otro precedente del Derecho comparado, como modelo de sus propias regulaciones.

Lo mismo cabe decir de la acción de incumplimiento, regulada en el artículo 226 TCE, que la Comisión o un Estado miembro pueden interponer contra otro Estado miembro al que imputen haber incumplido alguna obligación derivada del Derecho comunitario, y que también es admisible cuando el incumplimiento del Derecho comunitario se haya producido por omisión.

El planteamiento es muy diferente cuando está en juego la efectividad del Derecho comunitario, y aquí se encuentra, a mi juicio, el núcleo de la influencia de este ordenamiento sobre los sistemas nacionales de justicia administrativa. Como es bien sabido, el Derecho comunitario se basa en el principio de ejecución indirecta, lo que supone que, excepción hecha de algunos ámbitos en los que la Comunidad Europea ejecuta sus propias normas, dictando para ello los actos correspondientes, son los Estados miembros los que, con su propio aparato administrativo y su Derecho, proceden a llevar a cabo dicha ejecución<sup>4</sup>.

3. Vid. VON DANWITZ, T.: *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*. Tübingen, 1996, pgs. 2 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Europäische Rechtsschutzgarantien. Auf dem Wege zu einem kohärenten Verwaltungsrechtsschutz in Europa», en BEYERLIN, U., M. BOTHE, R. HOFFMANN y E.-U. PETERSMANN (Hrsg.): *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht-Europarecht- Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*. Berlin-Heidelberg-etc., 1995, pgs. 1283-1303 (pg. 1297).

4. Cabría distinguir, a estos efectos, entre aquellas normas comunitarias que exigen una actividad administrativa de ejecución en sentido estricto (por ejemplo, un reglamento en materia agrícola que establezca el otorgamiento de determinadas subvenciones) y otras normas que se refieren a la propia actividad estatal, de modo que el Estado debe simplemente cumplirlas en esa actuación, sin necesidad de llevar a cabo una específica actividad de ejecución (por ejemplo, el principio de no discriminación). De todas formas, también en este último caso es preciso que el Derecho interno prevea mecanismos específicos para garantizar su efectividad en caso de incumplimiento, como son los recursos administrativos y jurisdiccionales. Sobre los conceptos de ejecución directa e indirecta, vid. RENGELING, H.-W.: *Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1977, pgs. 9-11; PAPIER, H.-J.: «Die Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verwaltungs- und Verfahrensrecht», en *Die Bedeutung der Europäischen Gemeinschaften für das deutsche Recht und die deutsche*

### — III. Exigencias comunitarias a la configuración de las pretensiones de condena ...

Los Estados miembros están obligados (arts. 10 y 249 TCE) a poner los medios que garanticen la efectividad del Derecho comunitario, lo que incluye, en el caso de aquellas normas cuyo cumplimiento exige una actividad administrativa de ejecución, la determinación de los órganos competentes, la regulación del procedimiento y también la previsión de una garantía judicial para el supuesto de que se incumplan las normas comunitarias aplicables. Junto al principio de ejecución indirecta, el Derecho comunitario se basa en el de *autonomía institucional*: cada Estado miembro es libre en la regulación de estas cuestiones, de forma que la ejecución del Derecho comunitario se regirá en cada Estado miembro por la «parte general» del Derecho administrativo nacional, sin que el Derecho comunitario obligue por sí solo a su modificación<sup>5</sup>. Las mismas técnicas jurídicas que sirven para garantizar la eficacia del Derecho interno (entre las que se encuentra la justicia administrativa con el sistema de acciones que se haya previsto en el correspondiente sistema jurídico) deben ser también utilizadas, en principio, para dotar de eficacia al comunitario. Con dos límites, ya que el Derecho comunitario prohíbe la discriminación (es decir, que haya técnicas al servicio de la eficacia o cumplimiento del Derecho interno pero cuya aplicación esté excluida en el caso del Derecho comunitario) y exige que se cumpla también el principio de *efectividad*, es decir, impone a los Estados miembros un mínimo de eficacia en la tarea (que tienen encomendada por el TCE) de garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario. Como el sistema de pretensiones de la jurisdicción administrativa forma parte de ese entramado dirigido a asegurar la eficacia del Derecho comunitario, del principio de efectividad puede derivarse la necesidad de modificar el sistema para que pueda cumplir esa exigencia comunitaria, en los términos que se desarrollarán «infra».

## 2. EL RECURSO POR OMISIÓN ANTE LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS

Las instituciones comunitarias pueden vulnerar el Derecho comunitario dictando actos ilegales (atacables mediante el recurso de anulación regulado en el

*Gerichtbarkeit. Seminar zum 75. Geburtstag von K. A. Bettermann*. Berlin, 1989, pgs. 51-65 (pgs. 52 y ss.), y en la doctrina española MORENO MOLINA, Á. M.: *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*. Madrid-Barcelona, 1998, pgs. 33 y ss.

5. Este es un elemento esencial de la ejecución del Derecho comunitario que, sin embargo, no se suele subrayar en muchas de las exposiciones al uso acerca de su influencia sobre el Derecho nacional. Mientras que la *parte especial* del Derecho administrativo (especialmente del económico) está determinada cada vez más por los parámetros normativos comunitarios (ya que la mayoría de las Leyes recientes en esta materia proceden a la transposición de directivas o se dictan en ejecución de reglamentos comunitarios), el núcleo de la *parte general* (procedimiento, contencioso-administrativo, organización) no necesita, en principio, modificaciones y se aplica también a la ejecución del Derecho comunitario. Sobre el principio de autonomía institucional y sus límites, vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts», *EuGRZ*, 24 (1997), pgs. 289-295; ZULEEG, M.: «Comentario al art. 5 del TCE (según la numeración antigua)» en GROEBEN, H./J. THIESING/C.-D. EHLERMANN (Hrsg.): *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*. Baden-Baden, 1997 (5ª ed.), pgs. 267-272 (donde se repasa la jurisprudencia del TJCE que pone en relación el art. 10 con el deber de transponer las directivas en Derecho interno en virtud del art. 189), así como BOGDANDY, A. V.: «Comentario al art. 5 del TCE (numeración antigua)», en GRABITZ, E. y M.

artículo 230 TCE, así como en los artículos 33 del Tratado CECA y 146 del Tratado CEEA) pero también por omisión, cuando permanecen inactivas incumpliendo un deber de actuar. Se trata, por tanto, de la misma situación jurídica que da lugar en distintos ordenamientos a la admisión de pretensiones de condena contra las Administraciones Públicas. Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas han previsto la posibilidad de que el TJCE y el TPI remedien aquellos supuestos de inactividad de las instituciones comunitarias que constituyan un incumplimiento de obligaciones derivadas del propio Derecho comunitario. Esta específica competencia de los Tribunales comunitarios está regulada en los artículos 232-233 del TCE, 148-149 Tratado CEEA y 35 del Tratado CECA<sup>6</sup>. Conviene indicar que este recurso se emplea poco y a juzgar por su relevancia práctica y por la jurisprudencia a que ha dado lugar es el menos importante de los previstos en los Tratados<sup>7</sup>.

HILF (Hrsg.): *Kommentar zur Europäischen Union* (2 vols.), actualizado a mayo de 1998, núms. 43-44 y 53-55 (donde se hace referencia a otros deberes que el principio de cooperación impone a los órganos jurisdiccionales, como los de aplicar los principios de eficacia y no discriminación en la valoración de las pruebas y en la interpretación del Derecho nacional de acuerdo con el comunitario).

6. Los arts. 148-149 del Tratado CEEA reproducen literalmente la versión inicial de los arts. 232-233 del TCE. La única diferencia entre las versiones actualmente vigentes de ambos grupos de normas es debida a que las modificaciones introducidas por el TUE para permitir al Banco Central Europeo la interposición del recurso sólo afectan al TCE y no se han incorporado al Tratado CEEA, lo cual se debe, como es lógico, a que las competencias del Banco se relacionan con la actuación de la Comunidad Europea y no con la Euratom. Por tanto, lo que se diga en texto acerca del recurso por omisión en el TCE es inmediatamente aplicable al Tratado CEEA. Sobre el recurso por omisión, vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Madrid, 1993; DAIG, H.-W.: *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften-unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und der Schlussanträge der Generalanwälte*. Baden-Baden, 1985, así como, entre las obras generales, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Estudio analítico de los recursos», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO (dirs.): *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, 1986, vol. I, pgs. 655-729 (esp. pgs. 686-688); ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Madrid, 1994, pgs. 414-429; LINDE PANIAGUA, E., S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, P. MELLADO PRADO, P.-P. MIRALLES SANGRO y M. BACIGALUPO: *Derecho de la Unión Europea I (Antecedentes, Instituciones, Fuentes y Jurisdicción)*. Madrid, 1995, pgs. 374-385; HARTLEY, T. C.: *The Foundations of European Community Law*. Oxford, 1994, pgs. 393-415.

El art. 35 del Tratado CECA, en cambio sigue un modelo distinto, porque no regula exactamente un recurso *por omisión*, sino un recurso cuyo objeto es una resolución administrativa presunta, que se entiende producida cuando la Alta Autoridad deja transcurrir el plazo fijado por el Tratado sin resolver expresamente sobre la petición que se le formula. Se trata de una técnica procesal más familiar a los juristas franceses (o españoles) que a los alemanes, que fue abandonada en 1957 en la redacción de los Tratados constitutivos de las otras dos Comunidades. Por otro lado, entre las dos formulaciones del recurso existen algunas diferencias textuales que la interpretación jurisprudencial ha hecho irrelevantes. Así, de una lectura textual se deduciría que sólo en el caso del Tratado CECA es posible impugnar aquellas inactividades que sean contrarias al Derecho comunitario derivado (los demás Tratados sólo se refieren a la vulneración del Derecho originario) y también es el Tratado CECA el único que parece acoger la posibilidad de recurrir contra la decisión de no dictar un acto *discrecional* (mientras que en los otros Tratados el recurso sólo cabe cuando la institución comunitaria estuviese *obligada* a actuar). Sobre estas diferencias y su trascendencia práctica, vid. DAIG, H.-W.: op. cit., pgs. 222-223.

7. Vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», introducción a SODAN, H. y J. ZIEKOW: *VwGO*, cit., núm. 172. Corresponden a este recurso aproximadamente el 1% de los procedimientos

De acuerdo con el artículo 232 TCE, «[e]n el caso de que, en violación del presente Tratado, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación». También está legitimado cualquier particular «por no haberle dirigido una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen». En la aplicación de este recurso se tiene en cuenta también el régimen del recurso de anulación (art. 230 TCE), a fin de lograr una articulación coherente entre ambas vías procesales. Las instituciones comunitarias pueden convertir fácilmente una inactividad en una denegación expresa, sin modificar con ello su postura ni acceder a lo solicitado por otro sujeto. De ahí que si el control judicial estuviese sometido a reglas sustancialmente diferentes en uno y otro caso, las instituciones podrían optar por unas u otras a voluntad, eludiendo la correcta aplicación de los Tratados<sup>8</sup>. Es esta articulación sistemática del recurso de anulación y del recurso por omisión la que hace que, si un particular ha dejado transcurrir el plazo para impugnar un acto comunitario al amparo del artículo 230 TCE, no pueda servirse del 232 para realizar esa impugnación, solicitando a la institución que revise el acto y recurriendo después la inactividad<sup>9</sup>.

No todos los sujetos legitimados pueden interponer el recurso por omisión en las mismas condiciones. El Parlamento, el Consejo y la Comisión pueden impugnar ante el TJCE cualquier inactividad de otra institución sin necesidad de alegar que la omisión denunciada afecta a sus derechos o intereses. Se trata, por tanto, de un recurso objetivo, que contribuye al control de legalidad de la actuación (en sentido amplio) de las demás instituciones, y que se ha justificado ante la carencia de otros mecanismos de control en el sistema comunitario<sup>10</sup>. El BCE sólo puede impugnar ante el TJCE aquellas omisiones de las demás instituciones que afecten a su propio ámbito competencial (art. 232, párrafo 4º)<sup>11</sup>. Para las instituciones, el recurso por

---

tos tramitados. En 1997 se dictaron seis sentencias en este tipo de recursos (lo que supone el 1,2% del total).

8. Sobre la necesidad de articular ambas vías de recurso para evitar que se produzcan lagunas en la tutela judicial comunitaria, vid. DAIG, H.-W.: *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen*, cit., pgs. 226 y ss.; DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núms. 170 y 186; DAUSES, M. A.: «Empfiehl es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die Aufgaben der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte, weiter zu entwickeln?», *Gutachten D für den 60. Juristentag (Münster)*. München, 1994, pg. D 110. Como veremos más adelante, la jurisprudencia comunitaria no ha llevado a sus últimas consecuencias esa relación de complementariedad entre ambos recursos y acepta de hecho algunas de esas lagunas.
9. Esa especie de «acción de nulidad» está claramente vedada en Derecho comunitario: vid. DAIG, H.-W.: *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen*, cit., pg. 227.
10. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung in das EG-Prozessrecht*. Tübingen, 1997, núm. 367 (pg. 185).
11. Las demás instituciones pueden recurrir al TJCE contra cualquier omisión ilegal del BCE, contribuyendo de este modo a garantizar el cumplimiento de los Tratados. El BCE no tiene reconocida esa función de «guardián de los Tratados», y sólo puede recurrir cuando las omisiones de las demás instituciones afecten a su ámbito competencial: vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 357 (pg. 180). Los distintos principios a que responde la posición en que se encuentran colocados el Consejo, la Comisión y el Parlamento, por un lado, y el BCE, por otro, tienen un reflejo en el conten-

omisión tiene un ámbito mayor que el de anulación, porque a través del primero pueden reclamar la producción de actos no vinculantes, que sin embargo no pueden ser impugnados al amparo del artículo 230 TCE. El caso más interesante puede ser un recurso dirigido contra la Comisión para que, en ejercicio de su potestad exclusiva de incoación del procedimiento normativo, presente un proyecto de reglamento o directiva en una materia determinada<sup>12</sup>.

En cuanto a los particulares, si bien el artículo 232 no menciona expresamente ningún requisito de legitimación en el sentido usual, su acceso al recurso se ve limitado por el tipo de omisiones que pueden impugnar: un particular sólo puede interponer el recurso «por no haberle dirigido una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen» (art. 232, párrafo 3º). La jurisprudencia ha extendido las posibilidades de recurso al caso de que la institución se haya abstenido de dictar una decisión que, aun dirigida formalmente a otro sujeto, hubiese afectado directa e individualmente al recurrente<sup>13</sup>. Los particulares no pueden interponer este recurso cuando la institución comunitaria requerida se niegue a dictar un reglamento o una directiva, incluso si ese reglamento o directiva omitidos les hubiesen afectado directa e individualmente<sup>14</sup>. En esto se produce una asimetría respecto al recurso de anulación, puesto que los particulares sí pueden impugnar por medio de ese recurso aquellos reglamentos que, a pesar

cioso-administrativo español. La Ley 34/1981 colocó a la Administración del Estado en la misma situación que las instituciones comunitarias «privilegiadas», al habilitarla para interponer recursos contencioso-administrativos contra actos y reglamentos de las demás Administraciones sin necesidad de invocar un concreto interés subjetivo, mientras que el art. 19 de la LJCA/1998 ha extendido a todos los sujetos jurídico-públicos la exigencia de un derecho o interés legítimo [de modo que los aps. c), d) y e) son en realidad simples concreciones de esa regla].

12. Vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núm. 177.

13. Aunque la literalidad del Tratado sólo permite al particular recurrir cuando la institución comunitaria requerida se niegue a dictar una decisión dirigida a él mismo (por ejemplo, el otorgamiento de una subvención prevista por un reglamento comunitario), la jurisprudencia comunitaria ha entendido que también es admisible el recurso cuando la decisión omitida hubiese afectado directamente al recurrente, aunque su destinatario no hubiese sido él sino un tercero. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 362 (pg. 183); DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núm. 181.

La razón que ha movido a la doctrina y a la jurisprudencia a esta conclusión que va más allá del texto literal del Tratado es la interpretación sistemática de los arts. 230 y 232. El art. 230, párr. 4º, permite a cualquier persona interponer recurso «contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente». Por tanto, un particular puede, por ejemplo, denunciar una práctica monopolística de determinadas empresas que le afecta directamente y, en caso de que la Comisión califique esa práctica como irrelevante o responda que es conforme con el Derecho comunitario, puede acudir al Tribunal competente en virtud del art. 230. En cambio, si se aplicase estrictamente el art. 232, la Comisión podría impedir muy fácilmente el control judicial, para lo cual le bastaría con no responder en absoluto a la denuncia del particular. Como el acto omitido (y solicitado) es una decisión dirigida a un tercero (las empresas contra las que se dirige la denuncia), y no una decisión dirigida al denunciante, éste no podría interponer un recurso por omisión y, por otro lado, a falta de una respuesta expresa de la Comisión no se puede interponer un recurso de nulidad al amparo del art. 230. Para evitar este resultado, se admite el recurso por omisión siempre que la decisión omitida afecte directamente al recurrente, aunque se trate de una decisión que se hubiese debido dirigir a un tercero.

14. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 359 (pg. 181).

de su apariencia de normas generales y abstractas, les afecten directa e individualmente. Por otro lado, si un particular denuncia ante la Comisión que un Estado miembro está actuando contra el Derecho comunitario y la Comisión ignora esa denuncia en vez de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 226 TCE, el denunciante tampoco puede acudir ante el TJCE por la vía del recurso por omisión, incluso si la actuación estatal contraria al Derecho comunitario le afecta personalmente<sup>15</sup>.

Para que el recurso por omisión sea admisible, se debe agotar una «vía administrativa previa», que consiste en requerir a la institución comunitaria correspondiente para que actúe, indicándole el fundamento jurídico en virtud del cual está obligada a dictar el acto solicitado. Si la institución requerida no define su posición en el plazo de dos meses, el requirente puede interponer un recurso por omisión ante el TJCE<sup>16</sup>. La misión de este requerimiento es, por un lado, permitir que la institución requerida cumpla su obligación de actuar o (como ocurre también en los recursos por infracción del artículo 226 TCE) llegue a un acuerdo con el requirente, con lo que se evita el proceso. Junto a esta finalidad, común a cualquier norma en que se prevea un recurso administrativo previo a la vía judicial, el requerimiento previo sirve para fijar el objeto del proceso judicial. En caso de que la institución requerida desatienda la solicitud que se le dirige y el requirente interponga un recurso por omisión ante el TJCE, en este proceso sólo se podrá discutir la omisión denunciada en el requerimiento previo, y además (y esto es lo más importante), sólo se podrá discutir si esa omisión es conforme con el Derecho comunitario *desde la perspectiva del concreto deber positivo de actuación invocado como base del requerimiento*<sup>17</sup>.

15. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núms. 171 (pg. 81) y 360 (pg. 181); DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núm. 181; ALLKEMPER, L.: *Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag. Möglichkeiten seiner Verbesserung*. Baden-Baden, 1995, pgs. 118 y ss.; así como la Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1989 («Star Fruit»), Rec. 1989, pg. 291 (301) y el Auto del TPI de 23 de mayo de 1990 («Asia Motor France»), Rec. 1990, pg. I-2181 (2184-2185). En ambos casos, se alegó que el art. 226 TCE otorga a la Comisión un amplio margen de discrecionalidad y también que la decisión solicitada (es decir, la iniciación de un procedimiento de infracción, o incluso la interposición de un recurso ante el TJCE) no afecta individual e directamente al particular.

16. Según el art. 232 TCE, «este recurso solamente será admisible si la institución de que se trate hubiere sido requerida previamente para que actúe. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses». Sobre las características que debe reunir ese requerimiento previo, vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núms. 182-183.

Otro problema distinto, aunque también relativo a los plazos, es el requisito, establecido jurisprudencialmente, de que el requerimiento dirigido a la institución comunitaria inactiva se formule en un plazo razonable desde el comienzo o la manifestación de dicha omisión: vid. ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional*, cit., pg. 424.

17. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 352 (pg. 177); RENGELING, H.-W., A. MIDDEKE y M. GELLERMANN: *Rechtsschutz in der Europäischen Union*. München, 1994, pg. 119; CZASCHKE, H.: *Die Untätigkeitsklage vor dem Europäischen Gerichtshof. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Göttingen, 1969, pgs. 83-85. El Tribunal se niega con frecuencia a examinar la conformidad a Derecho de omisiones denunciadas por los recurrentes, por entender que no coinciden con las alegadas previamente en el requerimiento dirigido a la institución comunitaria: Sentencias de 15 de julio de 1960 («Chambre Syndicale de la Sidérurgie de l'Est de la France»), Rec. 1960,

Mientras que en otros sistemas como el español o el alemán lo decisivo es que la institución pública competente no acceda a lo solicitado por el particular, de tal forma que es indiferente que la Administración permanezca totalmente inactiva o que deniegue expresamente o inadmita la solicitud presentada, el recurso comunitario por omisión se dirige contra la *inactividad* y no contra la *denegación*<sup>18</sup>. Por tanto, basta con que la institución requerida rompa su inactividad y «defina su posición» dentro del plazo de dos meses, para que el recurso contra la inactividad devenga inadmisibile y la acción apropiada pase a ser el recurso de anulación (art. 230)<sup>19</sup>. En consecuencia, muchas situaciones que en Derecho español dan lugar a la formulación de una pretensión contencioso-administrativa de condena, se atienden en Derecho comunitario mediante un recurso de nulidad dirigido contra la respuesta denegatoria de la institución requerida<sup>20</sup>. Cuando la institución demandada «define su posición», en respuesta a la solicitud del demandante, después del transcurso del plazo y de la interposición de la demanda, el proceso iniciado termina anticipadamente porque el recurso por omisión queda sin objeto, y la única alternativa que le queda al recurrente es, en su caso, la interposición de un recurso de anulación contra la resolución que haya dictado la institución comunitaria requerida<sup>21</sup>. El encaje entre ambas vías de recurso no es completo porque la Jurispru-

pg. 573 (608-609), y 8 de julio de 1970 («Hake»), Rec. 1970, pg. 535 (542-543). En la Sentencia de 16 de diciembre de 1960 («Homborner»), Rec. 1960, pg. 1025 (1052), el problema fue el cambio en la base jurídica de la solicitud de actuación: la empresa recurrente solicitaba a la Alta Autoridad de la CEEA que la eximiese del cumplimiento de una determinada obligación, pero mientras que en la reclamación administrativa invocaba su difícil situación económica, en el proceso pasó a invocar la ilegalidad de las normas que establecían dicha obligación. El Tribunal inadmitió el recurso.

18. Salvo el caso ya examinado del Tratado CEEA, en el que sólo se prevé un recurso para ambos casos y el silencio de la Alta Autoridad se considera equivalente a una denegación frente a la que se puede interponer el recurso de anulación.
19. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 334 (pg. 170). De todas formas, no toda respuesta expresa es suficiente para producir ese resultado. Como indican ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional*, cit., pg. 427; DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núms. 185-186, o SCHERMERS, H. G. y D. F. WAELBROECK: *Judicial protection in the European Communities*. Dordrecht-Boston-London, 1992 (5ª ed.), núm. 438, una denegación que sea una auténtica decisión tomada después de examinar el requerimiento, excluye la interposición del recurso por omisión, pero el recurso sigue siendo admisible si la respuesta de la institución requerida consiste simplemente en negarse a tomar en consideración la solicitud del requirente o bien en remitir su actuación a un momento posterior.
20. Pensemos en el supuesto típico de una institución que se niega a ejercer sus competencias de policía y por tanto a actuar contra un tercero que, con su conducta ilegal, está perjudicando a un particular. Éste denuncia los hechos ante esa institución y después actúa judicialmente. Esta situación se da cuando un Ayuntamiento se niega a actuar contra un establecimiento de hostelería que incumple la normativa sobre ruidos, pero también cuando la Comisión se niega a investigar la actuación de un grupo de empresas que realizan prácticas restrictivas de la competencia contrarias al art. 81 del TCE. Vid. un ejemplo de este último caso en mi trabajo «La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», *RAP*, 137 (1995), pgs. 189-238, esp. pgs. 222 y ss.
21. En este sentido, KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 374 (pg. 187). Para DAIG, H.-W.: *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen*, cit., pgs. 228-229, se trata de una solución no del todo correcta, puesto que cuando la institución requerida deniega expresamente la petición del particular después del transcurso del plazo de dos meses pero antes de que el requirente interponga la demanda, éste debería poder optar entre ambas vías de recurso. Este autor se apoya en que el art. 232 TCE simplemente dice que, una vez transcurrido el plazo, queda abierta la vía del recurso por omisión. Una simple resolución denegatoria no satisface las pretensiones

dencia entiende que hay determinadas respuestas de la institución requerida que hacen inadmisibile el recurso por omisión y sin embargo no son impugnables por la vía del recurso de anulación<sup>22</sup>.

del recurrente y por tanto no priva de objeto al recurso. Sin embargo, la jurisprudencia entiende tras la toma de posición de la institución comunitaria la demanda es inadmisibile por falta de interés.

Como se ha explicado en el texto, si la institución contesta expresamente a la solicitud del recurrente después de la interposición de la demanda pero antes de que se dicte Sentencia, el proceso iniciado termina anticipadamente por pérdida sobrevenida del objeto, según indica DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», cit., núm. 187, y múltiples Sentencias como la de 12 de julio de 1988 (TJCE 1989, 5) (Parlamento c. Consejo), Rec. 1988, pg. 4017 (4048, §10). Ha habido ciertas vacilaciones respecto a la cuestión de si, en estos casos, y dando por hecho que el acto con el que la institución requerida manifiesta su postura es uno de los que pueden ser impugnados mediante un recurso de anulación del art. 230 TCE, el demandante puede transformar el recurso de inactividad en uno de anulación o ha de iniciar un nuevo proceso. En la doctrina española, BACIGALUPO, M. defendió, en LINDE PANIAGUA, E., S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, P. MELLADO PRADO, P.-P. MIRALLES SANGRO y M. BACIGALUPO: *Derecho de la Unión Europea I*, cit., pg. 363, la facultad del recurrente de transformar su recurso, invocando al respecto las Sentencias de 3 de marzo de 1982 («Alpha»), Rec. 1982, pg. 749 (763); 29 de septiembre de 1987 (TJCE 1988, 13) («Fabrique de fer de Charleroi»), Rec. 1987, pg. 3639 (3672) y 14 de julio de 1988 (TJCE 1989, 10) («Stahlwerke Peine-Salzgitter»), Rec. 1988, pg. 4131 (4149). O. DÖRR defiende la opinión contraria, citando la Sentencia del TPI de 18 de septiembre de 1992 (TJCE 1992, 159) («Asia Motor France»), Rec. 1992, pg. II-2285 (2302-2303).

En realidad, en los casos «Alpha» y «Charleroi» se ventilaba una cuestión relativamente distinta, pues se trataba de recursos de anulación y el problema era saber si, modificado el acto impugnado con posterioridad a la presentación del recurso, éste quedaba privado de objeto o bien el demandante podía ampliarlo e incluir también la modificación del acto impugnado. El TJCE se pronunció por esta segunda opción, invocando la economía procesal y la necesidad de impedir que las instituciones comunitarias pudiesen evitar a voluntad el control judicial de sus actos. La Sentencia «Stahlwerke Peine-Salzgitter» se refiere por primera vez al supuesto de una institución comunitaria que, después de ser demandada por la vía del recurso de inactividad, dicta un acto expreso. La Sentencia admite la continuación del procedimiento, es decir, permite al demandante transformar su demanda de inactividad en un recurso contra la resolución expresa. Pero hay que tener en cuenta que se trata de un recurso por inactividad del Tratado CEEA, es decir, de un recurso articulado como impugnación de una denegación presunta, por lo que la transformación que se permite llevar a cabo al demandante no es demasiado radical y de alguna manera no se sale del camino marcado por las Sentencias «Alpha» y «Charleroi». Sin embargo, cuando la misma cuestión se planteó en un recurso por inactividad del TCE (asunto «Asia Motor France»), es decir, cuando se trataba de autorizar la transformación de un recurso por omisión en sentido estricto en un recurso de anulación, la respuesta fue la contraria. De todas formas, hay que tener en cuenta que en este caso se daba la circunstancia adicional de que, al ser un acto de trámite, la respuesta expresa de la Comisión no era recurrible por la vía del art. 230 TCE.

22. Así en la Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 1997 (TJCE 1997, 53) («Guérin»), Rec. 1997, pg. I-1503 (1541), y en las del TPI de 18 de septiembre de 1992 (TJCE 1992, 159) («Asia Motor France»), Rec. 1992, pg. II-2285, y 17 de febrero de 1998 (TJCE 1998, 29) («Pharos»), Rec. 1998, pg. II-285 (299, 43). Una crítica a estas vacilaciones jurisprudenciales en DAUSES, M. A.: «Empfiehl es sich», cit., pg. D 110. Vid. también ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional*, cit., pgs. 422-423. De todas formas, es necesario destacar que esta jurisprudencia no admite, sin más, que el ajuste entre los recursos de anulación y de inactividad deje sin cubrir determinados ámbitos, en los que el particular no pueda acudir a los Tribunales comunitarios. Se trata más bien de que, en un concreto procedimiento para la investigación de conductas contrarias al Derecho comunitario de la competencia (regulado por el Reglamento 99/63/CE), cuando un particular presenta una denuncia y la Comisión no inicia una investigación para aclarar los hechos, el denunciante, al objeto de corregir por vía judicial esa inactividad administrativa, presenta un requerimiento de actuación y después un recurso por omisión. Si, una vez interpuesto ese recurso, la Comisión decide actuar y comenzar a investigar los hechos denunciados, deberá empezar dictando un acto de trámite en el que da audiencia a las partes (según le ordena el art. 6 del Reglamento citado). El acto de trámite no es recurri-



Por lo demás, conviene destacar que el recurso por omisión es una acción *declarativa*, lo mismo que la acción de incumplimiento regulada en el artículo 226 TCE<sup>23</sup>. La sentencia estimatoria del recurso no es anulatoria ni de condena, sino declarativa, es decir, se limita a declarar que la conducta omisiva denunciada en el recurso constituye una violación de un determinado deber derivado del Derecho comunitario<sup>24</sup>, pero no se condena a la institución comunitaria inactiva a llevar a cabo una determinada actuación para adecuar su conducta al Derecho comunitario<sup>25</sup>. Frente a esta distinción, podría objetarse que su valor es puramente teórico,

ble en anulación (precisamente por ser un acto de trámite que no afecta a los derechos del denunciante), pero a su vez el recurso por omisión queda privado de objeto porque la Comisión ha comenzado a actuar y por tanto ya no serviría de nada una Sentencia que declarase que estaba obligada a hacerlo. Ambas vías de recurso quedan, pues, cerradas para el particular, pero ello no indica en este caso una laguna del sistema comunitario de recursos. Por el contrario, la tutela judicial queda deferida a un momento posterior. Si la Comisión no sigue adelante con el procedimiento hasta dictar una resolución, el particular podrá reaccionar contra esa inactividad mediante un nuevo recurso por omisión. Y si no está de acuerdo con la resolución que se dicte, podrá interponer contra ella un recurso de anulación.

23. Subrayan el carácter meramente *declarativo* de este recurso, KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núms. 333 (pg. 170) y 379 (pg. 189); DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», cit., núm. 171; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: *El recurso por omisión*, cit., pg. 109; DAIG, H.-W.: *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen*, cit., pgs. 221-222. Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA, el carácter meramente declarativo de la Sentencia se debe a la influencia del modelo francés, aunque precisamente en el recurso de inactividad se tuvo también en cuenta el Derecho alemán (vid. «Las competencias y el funcionamiento», cit., pgs. 686-687). M. BAGIGALUPO entiende, en LINDE PANIAGUA, E., S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, P. MELLADO PRADO, P.-P. MIRALLES SANGRO y M. BAGIGALUPO: *Derecho de la Unión Europea I*, cit., pgs. 375-376, que se trata de una cuestión discutida, en la que las alternativas son el modelo del art. 35 del Tratado CECA (pretensión anulatoria/constitutiva) y un recurso autónomo que permita la formulación de pretensiones de condena.
24. En el recurso por omisión regulado en los Tratados CE y CEEA, la Sentencia estimatoria declara que la inactividad de la institución demandada es incompatible con el Derecho comunitario. En el recurso del Tratado CECA, la Sentencia declara incompatible con el Derecho comunitario el *acto presunto denegatorio* que, según el Tratado, se produce cuando la institución demandada no responde al requerimiento que le dirige el recurrente en la fase prejudicial. En este último caso, la Sentencia anulará también ese acto denegatorio (vid. DAIG, H.-W.: *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen*, cit., pg. 223), pero el resultado práctico será idéntico al de los demás Tratados: la Sentencia no contiene una condena, y por tanto la satisfacción del demandante que aspira a obtener un acto o una prestación de una institución comunitaria requiere una actividad ulterior de esa institución que no se reduce simplemente al cumplimiento de una condena. Para CZASCHE, H.: *Die Untätigkeitsklage*, cit., pgs. 29-33, en ambos casos se parte del Derecho francés y por tanto de que no es posible que un Tribunal condene al ejecutivo a dictar una resolución determinada, por lo que la única forma de controlar jurídicamente la inactividad es convertirla en una decisión (presunta) y someterla a un control judicial anulatorio. Mientras que en el Tratado CECA se mantiene literalmente este esquema, en los demás se abandona de algún modo la ficción del acto presunto y la Sentencia se limita a declarar que la conducta omisiva es contraria al Derecho comunitario.
25. A pesar de que la acción de incumplimiento regulada en el art. 232 TCE es declarativa, el TJCE puede dictar, durante la tramitación del recurso, medidas cautelares *positivas*, mediante las cuales ordene a la institución comunitaria demandada adoptar una determinada medida o que produzcan por sí mismas un efecto jurídico favorable en la esfera del demandante. Así lo ha afirmado expresamente el Tribunal en su Sentencia de 26 de noviembre de 1996 (TJCE 1996, 219) («Port»), Rec. 1996, pg. I-6065 (§59). El abogado general Elmer había defendido la tesis contraria, sosteniendo que el Tribunal no puede adoptar con carácter cautelar medidas cuyo contenido sería inadmisibles en la Sentencia (§52 de sus conclusiones). Parece claro que esta admisión jurisprudencial de las medidas cautelares implica un reconocimiento de que el carácter declarativo del recurso es sólo una ficción, aunque se haya tomado como base de su regulación en los Tratados. En efecto: si el criterio que guía la concesión de medidas cautelares es la tutela de los intereses del recurrente, que pueden verse frustrados si la sentencia estimato-

ya que el artículo 233 TCE obliga al demandado «a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia»<sup>26</sup>. Sin embargo, el resultado final no es el mismo, ya que, mientras que el incumplimiento de una sentencia de condena puede ser corregido a través del incidente de ejecución de la sentencia, sin necesidad de tramitar un nuevo proceso declarativo, el incumplimiento del deber de adecuación establecido en el artículo 233 TCE no puede ser sancionado en un procedimiento dirigido a garantizar la ejecución de la sentencia, sino que es necesario tramitar un nuevo proceso declarativo o bien solicitar una indemnización por los daños derivados del incumplimiento<sup>27</sup>. Al exponer en su fundamentación por qué es contraria al Derecho comunitario la conducta omisiva de la institución comunitaria, la sentencia indica indirectamente qué contenido tiene en ese caso concreto el deber de adecuación impuesto por el artículo 233. Cuando quepan diversas formas de cumplir ese deber, la sentencia se limitará a indicar a la institución demandada que debe llevar a cabo una actuación, dejándole que elija entre las opciones incluidas en ese margen<sup>28</sup>.

Algunas de las peculiaridades de este recurso y de su relación con el de anulación se explican si se parte de que en el sistema judicial comunitario la competencia del TJCE no se rige por una cláusula general, sino que se extiende únicamente a una lista tasada de acciones o «vías de Derecho»<sup>29</sup>. Tampoco se ha recogido hasta

---

ria llega demasiado tarde, entonces todo el recurso tiene como finalidad (única o concurrente, ésa es otra cuestión) la tutela de esos intereses, pues las medidas cautelares son evidentemente instrumentales respecto a la cuestión de fondo.

26. Como recuerda el TJCE en su Sentencia de 12 de julio de 1988 (TJCE 1989, 5) (Parlamento c. Consejo), Rec. 1988, pg. 4017 (4048, §9), o el TPI en su reciente Sentencia de 17 de febrero de 1998 (TJCE 1998, 29) («Pharos»), Rec. 1998, pg. II-285 (299, §41), la Sentencia estimatoria de un recurso por omisión es una Sentencia declarativa que produce efectos indirectos, al obligar a la institución demandada a adecuar su conducta a lo declarado en la Sentencia, y también en la medida en que puede ser la base de una acción de responsabilidad extracontractual.
27. En este sentido, KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 379 (pg. 190); DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», cit., núms. 190-191; CZASCHKE, H.: *Die Untätigkeitsklage*, cit., pgs. 111-113. Prescinde de esta distinción y califica a la Sentencia como de condena (a pesar de que la mera idea de Sentencias condenatorias contra las instituciones comunitarias habría resultado inaceptable para los Estados firmantes de los Tratados comunitarios), GONZÁLEZ-VARAS, S.: «El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español», *RAP*, 135 (1994), pgs. 303-339 (pg. 321).
28. Según KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 334 (pg. 170), y SCHERMERS, H. G. y D. F. WAELBROCK: *Judicial protection*, cit., núm. 431, el Tribunal se limita a declarar que la inactividad de la institución es contraria al Derecho comunitario, de lo que se deduce una obligación de actuar, pero no suele indicar qué contenido debe tener esa actuación.
29. En nuestra doctrina, S. MUÑOZ MACHADO destacó tempranamente en *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*. Madrid, 1986, pgs. 180-181, las lagunas del conjunto de recursos previsto en los Tratados comunitarios, pero en este caso desde la perspectiva de la idoneidad de esa batería de acciones para garantizar en todas sus vertientes la eficacia del Derecho comunitario, y no tanto para tutelar eficazmente todas las posiciones jurídicas subjetivas otorgadas por el Derecho comunitario a los particulares. MUÑOZ MACHADO identifica el origen de tales lagunas en la adopción de un conjunto de recursos típico de un Estado centralista, insuficiente para las necesidades de un sistema de claras tendencias federales, en el que el contacto entre dos ordenamientos que se aplican sobre el mismo territorio da lugar a otro tipo de conflictos. Respecto a la tutela de los particulares frente a la actuación de las instituciones comunitarias, el mismo autor ha destacado en *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid, 1993, pgs.

el momento un derecho de los particulares a la tutela judicial de sus derechos e intereses frente a la actuación de las instituciones comunitarias, por lo que ese conjunto de acciones reguladas por los Tratados no tienen por qué permitir el acceso a los Tribunales comunitarios a toda pretensión derivada del Derecho comunitario y dirigida frente a una institución comunitaria<sup>30</sup>. Del mismo modo que los Tratados no garantizan el acceso de toda pretensión al sistema judicial comunitario, tampoco aseguran que se pueda conseguir una tutela judicial *efectiva* en los casos en que sí está prevista una acción en la que cabe el planteamiento de la pretensión correspondiente<sup>31</sup>. El reconocimiento de derechos fundamentales que los ciudadanos pueden oponer a las instituciones comunitarias no ha llevado todavía a los Tribunales comunitarios a superar de algún modo los límites de los recursos previstos en los Tratados, superación que sería necesaria para que los mismos respondieran a las exigencias de un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como el recogido, por ejemplo, en las Constituciones española y alemana.

Uno de estos déficit es la imposibilidad de reclamar judicialmente la adopción de un reglamento o directiva, y lo mismo cabe decir del carácter meramente decla-

---

87-88, y a partir del auto del TJCE de 5 de noviembre de 1986, asunto «Ufade», un importante déficit en comparación con el Derecho español: la falta de legitimación de los particulares y de las organizaciones sectoriales para impugnar los reglamentos o directivas que, aun siendo generales y abstractos, afecten a sus intereses. Sobre las lagunas que se detectan en el sistema jurisdiccional comunitario, sobre todo por lo que respecta a la tutela judicial de los particulares, vid. ALLKEMPER, L.: *Der Rechtsschutz*, cit., pgs. 39-40; SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Empfiehl es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft weiter zu entwickeln?», *JZ*, 49 (1994), pgs. 832-840 (pgs. 836); WINTERFELD, A. V.: «Möglichkeiten der Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht», *NJW*, 41 (1988), pgs. 1409-1414; BERRANG, T. J.: *Vorbeugender Rechtsschutz im Recht der Europäischen Gemeinschaften*. Baden-Baden, 1994, esp. pgs. 111 y ss. (este autor se fija en un déficit predicable también en buena medida del Derecho español: pretensiones que permitan al Tribunal prohibir a la Administración que dicte en el futuro un determinado acto o que lleve a cabo una actuación que ocasionaría en su caso consecuencias inmediatas y difícilmente reversibles, por lo que sería poco útil una reacción de tipo impugnatorio).

30. Sobre el posible fundamento comunitario de un derecho subjetivo a la tutela judicial, vid. ALLKEMPER, L.: *Der Rechtsschutz*, cit., pgs. 48-56. Como recuerda CLASSEN, C. D.: «Der Einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts? Zum Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte kraft Gemeinschaftsrechts», *VerwArch*, 88 (1997), pgs. 645-678 (pgs. 671-672), el TJCE ha invocado en algunas ocasiones el art. 220 TCE para afirmar que el conjunto de los recursos previstos en los Tratados debe ser interpretado de forma coherente para proporcionar una tutela judicial completa: vid. las Sentencias de 23 de abril de 1986 (TJCE 1986, 75) (Los Verdes c. Parlamento Europeo), Rec. 1986, pg. 1339 (1365); 22 de octubre de 1987 (TJCE 1988, 30) («Foto-Frost»), Rec. 1987, pg. 4199 (4231), y las conclusiones del Abogado General Mischo en el caso «Busseni», de 28 de noviembre de 1989, Rec. 1990, pg. I-495 (507).
31. Así, el TJCE se niega a colmar las lagunas del recurso por omisión (es decir, las situaciones en las que un ciudadano no puede obtener a través suyo la tutela que necesita contra una inactividad comunitaria que le perjudica) recurriendo a otras vías procesales cuyos requisitos procesales sean menos estrictos, como la cuestión prejudicial. Así, en la ya citada Sentencia «Port», de 26 de noviembre de 1996 (TJCE 1996, 219), Rec. 1996, pg. I-6065 (6104-6105), afirma que el recurso de inactividad regulado en el art. 232 TCE es la única vía de reacción contra las omisiones de las instituciones comunitarias que puedan ser contrarias al Derecho comunitario. No es admisible, concluye el Tribunal, buscar el mismo resultado o completar la tutela ofrecida por el recurso de inactividad a través de la cuestión prejudicial, intentando que el Tribunal, por vía de respuesta a una cuestión interpuesta por un órgano judicial nacional, declare que el Derecho comunitario impone un determinado deber de actuación a una institución comunitaria.

rativo del recurso por omisión. Es cierto que las relativamente escasas posibilidades de acceso al TJCE otorgadas a los particulares se compensan con la aplicación y tutela del Derecho comunitario por parte de los jueces nacionales, como el propio TJCE ha subrayado frecuentemente en su jurisprudencia<sup>32</sup>. Sin embargo, los sistemas judiciales nacionales pueden permitir a los particulares tutelar sus derechos e intereses derivados del Derecho comunitario *frente a la actuación o inactividad de los Estados miembros*, pero no frente a las instituciones comunitarias, que en principio sólo están sometidas a los órganos jurisdiccionales comunitarios<sup>33</sup>.

### 3. EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO COMO REACCIÓN ANTE LA INACTIVIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Dado que el Derecho comunitario otorga a los particulares derechos cuya satisfacción requiere una conducta de los Estados miembros, la tutela judicial de esos derechos puede requerir la formulación de pretensiones de condena contra los Estados cuando incumplan por omisión ese tipo de normas comunitarias<sup>34</sup>. La vía prevista en los Tratados para hacer frente a esos incumplimientos es la acción regulada en los artículos 226-227 del TCE, 88 del Tratado CECA y 141-142 del Tratado CEEA. Sin embargo, éstos ponen tal recurso a disposición exclusivamente de la Comisión y de los demás Estados (en el Tratado CECA, sólo en manos de la Comisión). Los particulares perjudicados por un incumplimiento estatal sólo pueden presentar una denuncia ante la Comisión (o ante otro Estado miembro, tam-

32. Esta clase de argumentos se emplean en la jurisprudencia comunitaria recaída en asuntos de Derecho de la competencia, como estudié en «La desigualdad en la aplicación», cit., pgs. 231-232. A ello se refiere también DAUSES, M. A.: «Empfiehl es sich», cit., pg. D 109, al señalar a las cuestiones prejudiciales y a las acciones de responsabilidad extracontractual como vías procesales para suplir las lagunas del conjunto de recursos regulados por los tratados comunitarios.

33. Algún autor como SCHNEIDER, J.-P.: «Effektiver Rechtsschutz Privater gegen EG-Richtlinien nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 119 (1994), pgs. 294-320, propone dos instrumentos para mejorar la tutela judicial de los particulares ante los Tribunales comunitarios. Por un lado, la presión de los tribunales constitucionales nacionales (o al menos del «BVerfG»), exigiendo la ampliación de dicha tutela como requisito de eficacia del Derecho comunitario en sus respectivos ámbitos territoriales. En segundo lugar, el planteamiento de cuestiones prejudiciales para forzar al TJCE a pronunciarse sobre la conformidad al Derecho comunitario de actos u omisiones que los particulares no hayan podido atacar directamente. Esta segunda posibilidad se plantea en la jurisprudencia del TJCE, como ponen de manifiesto KOENIG, C./C., SANDER: *Einführung*, cit., pgs. 233-234. Dado que tanto que la cuestión prejudicial como el recurso de anulación permiten obtener un pronunciamiento del TJCE sobre la validez de una norma del Derecho comunitario derivado, los particulares podrían burlar el plazo establecido en el art. 230 TCE para la impugnación de las normas comunitarias. Para ello les bastaría alegar en un proceso ante los Tribunales nacionales la ilegalidad de la norma comunitaria y llevar al Tribunal nacional a plantear una cuestión prejudicial. En estos casos, el TJCE inadmite la cuestión prejudicial si el particular que es parte en el proceso ante los Tribunales nacionales hubiese podido impugnar directamente la norma comunitaria, pero la admite si ese sujeto no hubiera estado legitimado para dicha impugnación (Sentencia «Deggendorf» de 9 de marzo de 1994 [TJCE 1994, 34]). De este modo la cuestión prejudicial cubre las lagunas del recurso de anulación.

34. La inactividad estatal puede ser una forma de incumplimiento del Derecho comunitario, como afirman KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 205 (pg. 99).

bién legitimado en virtud del art. 227, aunque éstos no recurren prácticamente nunca los incumplimientos de los demás Estados) para que abra un expediente al Estado denunciado y llegue en su caso a presentar un recurso ante el TJCE. Ello no les concede ningún derecho de acceso al TJCE, pues la Comisión administra libremente su facultad de interponer el recurso y el particular no puede recurrir por la vía del artículo 232 contra su inactividad<sup>35</sup>.

Los procesos del artículo 226 tampoco pueden dar lugar a una sentencia de condena contra el Estado incumplidor, sino que la sentencia se limita a declarar incompatible con el Derecho comunitario la conducta (en este caso, omisiva) de ese Estado<sup>36</sup>. Sin embargo, la eficacia de la sentencia es, a partir del Tratado de Maastricht, mayor que cuando quien incumple por omisión el Derecho comunitario es una institución, ya que, si la Comisión entiende que el Estado no ha cumplido la sentencia, puede iniciar un procedimiento contradictorio ante el TJCE para que éste declare el incumplimiento y condene al Estado al pago de una suma a tanto alzado o le imponga una multa coercitiva (art. 228.2). Para el cumplimiento de esta condena no está previsto, sin embargo, un procedimiento de ejecución forzosa<sup>37</sup>.

#### 4. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y SU IMPORTANCIA PARA EL ACCESO A LOS TRIBUNALES NACIONALES

##### a) El principio de efectividad en la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros.

Cada Estado miembro es libre para organizar su sistema judicial como tenga por conveniente, siguiendo sus tradiciones propias. El único denominador común del que toman nota los Tratados es el respeto a la idea del Estado de Derecho, de la que se derivan claramente algunas reglas en esta materia<sup>38</sup>. En el seno de la Unión se han mantenido las diferencias entre los distintos sistemas nacionales, en la existencia o no de una jurisdicción administrativa, su configuración subjetiva u objetiva, la admisión o no de sentencias explícitas de condena, etc. Las Comunidades no tienen competencias que les permitan directamente unificar la parte gene-

35. Vid. *supra*, nota 15.

36. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., pgs. 102-103. Según el art. 228.1 TCE, «[s]i el Tribunal de Justicia declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia».

37. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 211 (pg. 104).

38. Como recordó el TJCE en la Sentencia de 7 de julio de 1981 («Rewe»), Rec. 1981, pg. 1805 (1837-1839). Ante la cuestión planteada por un Tribunal alemán acerca de si los particulares podían formular un determinado tipo de pretensiones de las reconocidas en el proceso administrativo de ese país, para solicitar la tutela de los derechos subjetivos que les reconocía una determinada norma comunitaria, el TJCE contestó que el Derecho comunitario no exige, en principio, que se abran nuevos cauces procesales ante los Tribunales nacionales para la tutela de los derechos materiales que otorga, sino que más bien da por supuesto que los particulares van a poder recurrir a los ya existentes para obtener esa tutela.

ral del Derecho administrativo, aunque esa unificación se ha producido indirectamente en algunos casos como exigencia de las normas comunitarias reguladoras de algunas políticas sectoriales<sup>39</sup>.

De todas formas, el Derecho comunitario exige que la tutela judicial ofrecida por los Tribunales nacionales en determinados procesos, aquellos en que está en juego el respeto de normas comunitarias, sea eficaz, es decir, que no haga de hecho imposible la aplicación práctica de las normas comunitarias que se invocan ante esos Tribunales. Se trata de una exigencia material que no afecta directamente a ninguna institución procesal, pero que puede llevar a la reforma de alguna de ellas y por esta vía a una aproximación de los sistemas de justicia administrativa.

Esta exigencia de eficacia, que procede de la jurisprudencia del TJCE, ha sido sistematizada por la doctrina acudiendo a diversos apoyos normativos. En primer lugar, el derecho a obtener una tutela eficaz ante los Tribunales nacionales se deriva del efecto directo de las libertades comunitarias y del mandato de no discriminación. La plena eficacia de esas normas exige que sus incumplimientos puedan ser llevados ante un Tribunal y que éste tenga los poderes suficientes para corregirlos<sup>40</sup>. Aunque en estos casos la intervención judicial se pone en marcha a iniciativa de un particular y para defender sus derechos e intereses, el Derecho comunitario la protege para asegurar su propia eficacia. La eficacia se predica, por tanto, del Derecho comunitario y sólo indirecta o instrumentalmente de la tutela judicial de los ciudadanos, y de ahí se deriva que esa eficacia puede operar en algunos casos «contra civem», limitando la tutela judicial que le otorga un determinado ordenamiento nacional, como ocurre en Alemania con las medidas cautelares<sup>41</sup> o con la

39. Como ejemplos más destacados de esta influencia del Derecho comunitario sobre la parte general del Derecho administrativo se puede mencionar la actuación de las autoridades aduaneras, que se rige actualmente por el llamado Código Aduanero, aprobado por el Reglamento 3269/1992/CEE de la Comisión, de 10 de noviembre de 1992, cuyo contenido es típicamente jurídico-administrativo, o la sustitución de los conceptos usuales de autorización y concesión por los de autorización general y licencia individual, que la Ley General de Telecomunicaciones ha introducido en nuestro Derecho al transponer diversas directivas. Un análisis de todos los títulos de los que podría derivarse alguna competencia comunitaria para unificar en alguna medida el Derecho administrativo de los Estados miembros, en VON DANWITZ, T.: *Verwaltungsrechtliches System*, cit., pgs. 430 y ss.

40. Vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Zu den Grenzen», cit., pg. 290; DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», cit., núm. 420.

41. La Jurisprudencia comunitaria ha visto en el sistema alemán de tutela cautelar (basado en la suspensión de los actos administrativos impugnados y, cuando la acción no tiene carácter impugnatorio, en medidas cautelares genéricas de carácter positivo) un peligro para la eficacia del Derecho comunitario y ha exigido a los Tribunales nacionales que tengan en cuenta especialmente esta eficacia a la hora de ponderar los distintos intereses en juego y conceder o denegar las medidas cautelares. En algunos casos quien ordena la medida cautelar (y puede infringir, por tanto, el Derecho comunitario) es la propia Administración autora del acto impugnado, al no hacer uso de su potestad legal (§80 VwGO) de ordenar la ejecución inmediata de un acto a pesar del efecto suspensivo automático de la interposición del recurso. Sobre el funcionamiento de esta medida cautelar en Derecho alemán, vid. BAGIGALUPO, M.: «El sistema de tutela cautelar», cit.

El conflicto entre la eficacia del Derecho comunitario y el sistema alemán de medidas cautelares se manifiesta en diversas decisiones del TJCE. En el asunto «vino de mesa» (Comisión c. Alemania), resuelto por la Sentencia de 10 de julio de 1990 (TJCE 1991, 33), Rec. 1990, pg. I-2879, el Tribunal consideró que la actuación de las autoridades alemanas que no ordenaron

protección de la confianza en la revisión de oficio de actos contrarios al Derecho comunitario<sup>42</sup>.

La tutela judicial efectiva es además un derecho de los ciudadanos al margen de esa utilidad instrumental; es una garantía incluida en las tradiciones comunes a los Estados miembros que éstos deben respetar cuando esté en juego el Derecho comunitario, lo que incluye ante todo el control judicial de la actuación administrativa del Estado dirigida a la ejecución del Derecho comunitario y también el control de aquellas decisiones con las que se limita el ejercicio de las libertades comunitarias en ejercicio de potestades atribuidas a los Estados por el propio Derecho comunitario<sup>43</sup>.

la ejecución inmediata de determinados actos administrativos que ejecutaban normas comunitarias y que habían sido recurridos (y por tanto suspendidos automáticamente), era contraria al Derecho comunitario. En la Sentencia de 21 de febrero de 1991 (TJCE 1991, 135) («Zuckerfabrik»), Rec. 1991, pg. I-415, el TJCE se pronunció ante una cuestión prejudicial sobre las condiciones en que los Tribunales nacionales pueden suspender la eficacia de un acto administrativo recurrido cuando ese acto ejecute una norma comunitaria (contribuyendo, por tanto, a darle eficacia) y además el motivo del recurso sea la supuesta ilegalidad de esa norma comunitaria. El TJCE decidió que los Tribunales nacionales deben exigir, para otorgar la suspensión, los mismos requisitos que el art. 242 TCE y su propia jurisprudencia ponen como condición para que los recursos ante el TJCE tengan efecto suspensivo. Esos requisitos son sustancialmente más estrictos que los que recoge el Derecho alemán, pues en el «periculum in mora» se exigen daños irreparables (no meramente económicos) y además se valora especialmente el interés comunitario en el mantenimiento de la eficacia del acto impugnado, lo que lleva a denegar la suspensión cuando la misma prive de toda eficacia a la norma impugnada. La Sentencia «Atlanta», de 9 de noviembre de 1995 (TJCE 1995, 196), Rec. 1995, pg. I-3761, declara que los mismos requisitos son aplicables cuando la medida cautelar que el Tribunal nacional se plantee dictar sea una medida positiva. Esta jurisprudencia comunitaria es el tema de múltiples trabajos doctrinales en Alemania, en los que se analiza entre otras cosas en qué medida esa limitación de la tutela cautelar puede suponer una merma notable en la protección de los derechos fundamentales respecto a la otorgada por la GG, y por lo tanto una actuación comunitaria «ultra vires» que, según la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán, no sería vinculante en el territorio alemán: vid. la monumental tesis de LEHR, S.: *Einstweiliger Rechtsschutz und Europäische Union. Nationaler einstweiliger Rechtsschutz im Widerstreit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht*. Berlin, etc., 1997, en especial las pgs. 345-368; KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 35 (pg. 21); KOKOTT, J.: «Europäisierung des Verwaltungsrechts», *DV*, 31 (1998), pgs. 335-370 (pgs. 340 y ss.); JANNASCH, A.: «Vorläufiger Rechtsschutz und Europarecht», *VBfBW*, 18 (1997), pgs. 361-365; «Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den vorläufigen Rechtsschutz», *NVwZ*, 18 (1999), pgs. 495-502; RENGELING, H. W.: «Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht», cit., pgs. 215-216; SCHEUING, D. H.: «Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht», en HOFFMANN-RIEM, W. y E. SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.): *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden, 1994, pgs. 289-354 (pgs. 324 y ss.); BURGI, M.: *Verwaltungsprozess und Europarecht*, München, 1996, pgs. 69-70; UKROW, J.: *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH. Dargestellt am Beispiel der Erweiterung des Rechtsschutzes des Marktbürgers im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes und der Staatshaftung*. Baden-Baden, 1995, pgs. 240-273.

42. Sobre este tema, vid. GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza*, con una exposición completa del estado de la cuestión en los ámbitos comunitario, alemán y español.

43. Vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núm. 429; SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Empfiehl es sich?», cit., pg. 832. En esta línea jurisprudencial, que afirma que el derecho a someter al control judicial todos los actos nacionales en los que se aplica el Derecho comunitario es un principio jurídico de este último ordenamiento, basado en las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros y recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, destacan sobre todo las Sentencias de 15 de mayo de 1986 (TJCE 1986, 86) («Johnston»), Rec. 1986, pg. 1651 (1681-1683); 15 de octubre de 1987 (TJCE 1988, 27) («Heylen»), Rec. 1987, 4097 (4117); 7 de mayo de 1991 (TJCE 1991, 188) («Vlassopoulou»), Rec. 1991, I-2357 (2385, §22); 11 de julio de 1991 (TJCE 1991, 235) («Verholen»), Rec. 1991, I-3757 (3790-3791); 3 de

Por último, hay que tener en cuenta que, en todos aquellos casos (que son la inmensa mayoría) en que la ejecución del Derecho comunitario corresponde a los Estados miembros (ejecución indirecta), el artículo 10 TCE les obliga a poner todos los medios necesarios para asegurar la eficacia de la norma comunitaria ejecutada<sup>44</sup>. Y ello tanto en el caso de ejecución inmediata, es decir, cuando la Administración ejecuta una norma comunitaria dotada de efecto directo (por ejemplo, cuando una Comunidad Autónoma otorga subvenciones en aplicación de un reglamento comunitario), como en el de la ejecución mediata, cuando se aplica una norma estatal de transposición del Derecho comunitario (por ejemplo, la LCAP)<sup>45</sup>.

En estos casos, y a falta de una regulación comunitaria de esa actividad de ejecución, los Estados miembros deberán aplicar su Derecho interno, en lo referido a la determinación del órgano o ente competente, al procedimiento, a las formas de actuación administrativa (acto administrativo, por ejemplo, con su régimen específico de invalidez y revisión de oficio) y al control judicial<sup>46</sup>. Esta autonomía institucional reconocida a los Estados miembros tiene como límite la eficacia de la norma comunitaria que en cada caso se trata de ejecutar; la aplicación de las normas nacionales sobre actuación administrativa y sobre el control judicial de dicha actuación no puede privar de eficacia al Derecho comunitario, pues ello implicaría una vulneración del artículo 10 TCE, sancionable a través del recurso de incumplimiento (arts. 226-227 TCE) y de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>47</sup>.

diciembre de 1992 (TJCE 1992, 208) («Borelli»), Rec. 1992, I-6313 (6334, §14); 31 de marzo de 1993 (TJCE 1993, 41) («Kraus»), Rec. 1993, I-1663 (1698, §40). En «Heylen», «Vlassopoulou» y «Kraus», el TJCE no sólo exige la apertura de una vía procesal que permita el control judicial de la decisión administrativa nacional, sino también su motivación, y esto no sólo para hacer posible el control judicial, sino para permitir al particular que decida con pleno conocimiento si impugna la decisión o se aquieta («Heylen»). De todas formas, no se puede establecer una separación radical entre los distintos fundamentos de este derecho comunitario a la tutela judicial efectiva, pues en todos estos casos, en que se afirma su derivación de las tradiciones jurídicas comunes, los recursos de los particulares contra las decisiones administrativas nacionales eran las únicas formas de verificar si los Estados habían vulnerado el Derecho comunitario al aprobar medidas restrictivas amparadas en cláusulas de salvaguardia previstas por el propio Derecho comunitario. De esta forma, el derecho a la tutela de los particulares sirve para defender su libertad personal pero también para asegurar la eficacia del Derecho comunitario.

44. Vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», cit., núms. 432-433.

45. Vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 28 (pg. 17); sobre las técnicas de aplicación del Derecho comunitario en España, MANGAS MARTÍN, A.: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*. Madrid, 1986, pgs. 163 y ss. D. LÓPEZ GARRIDO afirmaba en 1986 que «se puede plantear un problema muy agudo si, en el ámbito de la ejecución del derecho comunitario, el derecho nacional no abre cauces suficientes de acción a los interesados para defender sus situaciones individuales en la aplicación, por autoridades nacionales o comunitarias, del ordenamiento jurídico europeo», en *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*. Madrid, 1986, pg. 143.

46. Este principio de autonomía institucional se recoge en la Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1983 («Deutsches Milchkontor»), Rec. 1983, p. 2633 (2665).

47. Sobre este aspecto de la responsabilidad extracontractual, desarrollado por la jurisprudencia comunitaria para completar la eficacia del Derecho comunitario, vid. COBREROS MENDAZONA, E.: *El incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*. Madrid, 1995; ALONSO GARCÍA, R.: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*. Madrid, 1997; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El fin del caso *Factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», *RAP*, 145 (1997), pgs. 117-144; MUÑOZ MACHADO, S.: *La Unión Europea*, cit., pgs. 101-120; FERNÁNDEZ MARTÍN, J. M<sup>ra</sup>: «El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance», *Revista de Instituciones*



La Jurisprudencia comunitaria ha traducido la tensión entre estas reglas en dos principios a que se deben atener los Estados en la ejecución indirecta: la prohibición de discriminación y el mandato de eficacia<sup>48</sup>. Este último se ha visto acentuado progresivamente: se ha pasado de una primera formulación, según la cual

*Europeas*, vol. XXI-3 (1994), pgs. 845-894 (pgs. 868 y ss.). En la doctrina se ha acuñado el concepto de colisión indirecta para designar el problema que surge cuando una norma del Derecho interno que debe regular la actuación administrativa de aplicación del Derecho material comunitario no permite alcanzar el nivel de eficacia que también exige el Derecho comunitario. La colisión indirecta se distingue así de la colisión directa, que es la que se da entre una norma material comunitaria directamente aplicable (por ejemplo, cualquier reglamento lícitamente aprobado en materias de competencia comunitaria) y una posible norma nacional contraria. La distinción entre los conceptos de colisión directa e indirecta sirve para subrayar que, así como la colisión directa se zanja inmediatamente en favor del Derecho comunitario en virtud del principio de primacía, la indirecta no puede recibir una solución tan sencilla: vid. una exposición de estos conceptos y de las formas de solución de las colisiones indirectas en LEHR, S.: *Einstweiliger Rechtsschutz*, cit., pgs. 249 y ss.

48. Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *La Unión Europea*, cit., pgs. 88-89; CLASSEN, C. D.: *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht*. Tübingen, 1996, pg. 29; TONNE, M.: *Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1997, pgs. 193-194. Como señala este último autor, el derecho a la tutela judicial en la aplicación nacional del Derecho comunitario es un derecho de la «segunda generación», una garantía reconocida por el TJCE una vez asentada su doctrina sobre la aplicación y efecto directos y la primacía del Derecho comunitario. Por eso su elaboración jurisprudencial es relativamente tardía, y llega cuando ya están asentados los principios básicos de efecto directo y primacía del Derecho comunitario: destacan las dos Sentencias de 16 de diciembre de 1976 en los asuntos «Rewe» (Rec. 1976, pg. 1989, 1998) y «Comet» (Rec. 1976, pg. 2043, 2053), 21 de septiembre de 1983 («Deutsches Milchkontor»), Rec. 1983, pg. 2633 (2665, §19); 2 de febrero de 1989 (TJCE 1989, 88) (Comisión c. Alemania), Rec. 1989, pg. 175 (192); 20 de septiembre de 1990 (TJCE 1991, 56) (Comisión c. Alemania), Rec. 1990, pg. 3437 (3458, §19). En estos casos se da la circunstancia de que el principio de eficacia del Derecho comunitario presiona al Derecho nacional pero «contra civem». Se trata de supuestos en los que el Estado alemán debía exigir a determinados particulares la devolución de ayudas que habían resultado contrarias al Derecho comunitario (revisión de oficio). El Estado alegó que su Derecho interno (que era el aplicable a dicha devolución de las ayudas, a pesar de que legalidad material se regía por el Derecho comunitario) le prohibía dicha revisión de oficio por ser contraria al principio de protección de la confianza, pero el Tribunal entendió qué, aunque tal principio debía ser aplicado al ser parte del Derecho interno regulador del procedimiento administrativo, debía ser interpretado de una forma que no impidiera en la práctica la aplicación del Derecho comunitario sustantivo.

El principio de no discriminación significa que los procedimientos regulados por el Derecho interno para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias (administrativos y judiciales, básicamente) no deben ser distintos o menos eficaces que los aplicables a la ejecución o garantía del Derecho interno. En este sentido, se debe distinguir este principio del mandato de no discriminación del art. 12 TCE, que se refiere a la igualdad de trato entre personas, concretamente entre los nacionales de ese Estado y los de los demás Estados miembros (en este sentido, DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núm. 433).

El respeto al principio de no discriminación no garantiza por sí solo que un Estado miembro cumple sus compromisos derivados del Derecho comunitario, puesto que determinadas normas del Derecho procesal o procedimental nacional pueden hacer de hecho imposible obtener el cumplimiento o la ejecución de las normas sustantivas que se intenta aplicar. Así lo afirmó el TJCE en su Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (*San Giorgio*), Rec. 1983, pg. 3595 (3612-3614), en la que se declaró que las normas italianas sobre devolución de ingresos tributarios indebidamente, aun siendo aplicables también a supuestos en los que sólo estuviera en juego en Derecho nacional, eran incompatibles con el Derecho comunitario por hacer prácticamente imposible para los particulares la recuperación de las cantidades entregadas para el pago de una tasa que había sido declarada previamente contraria al Derecho comunitario.

los Estados no podían privar completamente de eficacia a la norma comunitaria que se tratase de aplicar, a otra más recientemente en que se les exige propiamente garantizar la eficacia de dicha norma<sup>49</sup>. Algunas normas comunitarias desarrollan expresamente estos principios, estableciendo qué mecanismos concretos de garantía deben poner en marcha los Estados miembros, incluida la previsión de vías de recurso ante la inactividad administrativa<sup>50</sup>. El mandato de eficacia se dirige a todos los poderes públicos del Estado miembro, pues la actuación de cualquiera de ellos puede dar lugar a un incumplimiento del Derecho comunitario y a un recurso al amparo del artículo 226 TCE. Los titulares de potestades normativas deberán prever los mecanismos procedimentales adecuados, y los Tribunales deberán interpretar las normas de su Derecho interno de forma que resulten compatibles con el comunitario, o inaplicarlas en caso de que esa compatibilidad sea imposible<sup>51</sup>.

La exigencia comunitaria de eficacia obliga a los Estados miembros a modificar en aspectos concretos la parte general de su Derecho administrativo y de ese modo lleva a una aproximación del mismo a nivel comunitario. En sentido estricto, este principio sólo se aplica a aquella parte de la actividad administrativa (y de su control judicial) que se dirige a la ejecución de normas comunitarias. Sería posible, por tanto, que la regulación del contencioso-administrativo fuese parcialmente distinta en función de que el proceso a que se aplique tenga o no un «elemento comunitario» (de un modo análogo a la aplicación del Derecho internacional privado exclusivamente a las relaciones en que exista un elemento de extranjería)<sup>52</sup>. De ahí la posibilidad de que los sujetos de relaciones jurídicas puramente internas queden colocados en una posición jurídica inferior a la de aquellos que pueden

49. Vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», cit., núms. 435-436. Como ejemplos de esta jurisprudencia más reciente pueden verse las Sentencias del TJCE de 14 de julio de 1988 (TJCE 1989, 15) («Jeunehomme»), Rec. 1988, pg. 4517 (4544, §17); 9 de junio de 1992 (TJCE 1992, 119) (Comisión c. España), Rec. 1992, pg. I-3789 (3808, §12); 14 de diciembre de 1995 (TJCE 1995, 226) («Peterbroeck»), Rec. 1995, pg. I-4599 (4620, §12); 8 de febrero de 1996 (TJCE 1996, 18) («FMC»), Rec. 1996, pg. I-389 (422); 17 de julio de 1997 (TJCE 1997, 164) («Haahr Petroleum»), Rec. 1997, pg. I-4085 (4157, §46); 17 de julio de 1997 (TJCE 1997, 165) («Texaco»), Rec. 1997, pg. I-4263 (4285, §41); 2 de diciembre de 1997 (TJCE 1997, 252) («Fantask»), Rec. 1997, pg. I-6783 (6836, §39).

50. Una completa relación en TONNE, M.: *Effektiver Rechtsschutz*, cit., pgs. 362 y ss.; en la pg. 364, nota 36, se enumeran las normas comunitarias que obligan a los Estados miembros a prever vías de tutela judicial específicas ante la posibilidad de que la Administración incumpla por omisión sus obligaciones.

51. Vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», cit., núm. 438.

52. Así lo reconoció el TJCE en la Sentencia de 29 de mayo de 1997 (TJCE 1997, 97) («Kremzow»), Rec. 1997, pg. I-2628 (2645-2646), y lo recoge unánimemente la doctrina: vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Perspectivas», cit., pgs. 410-411; KOKOTT, J.: «Europäisierung des Verwaltungsrechts», cit., pg. 339; SCHEUING, D. H.: «Europarechtliche Impulse», cit., pg. 353. El origen dogmático de este hecho se encuentra en que la primacía del Derecho comunitario se refiere a la eficacia y no a la validez de las normas nacionales, según un principio bien asentado en la jurisprudencia comunitaria (por todos, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. I, pgs. 300-301). Por tanto, una hipotética norma de Derecho interno que haga ineficaz el proceso contencioso-administrativo como instrumento dirigido a obligar a la Administración a ajustar su conducta a Derecho, será desplazada en su eficacia en aquellos procesos a los que se aplique el Derecho comunitario, pero no por ello pierde validez conforme al Derecho interno y por tanto sigue siendo aplicable a todos los procesos en que no esté en juego el Derecho comunitario: vid. KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., núm. 31 (pg. 18).

invocar el Derecho comunitario (problema estudiado en Derecho alemán bajo la etiqueta de «Inländerdiskriminierung»). Todo indica, sin embargo, que esa discriminación no es sostenible indefinidamente y que las modificaciones introducidas por influjo del Derecho comunitario se extienden a todos los sectores<sup>53</sup>.

Del principio de eficacia interesa aquí su influjo sobre el sistema de justicia administrativa y su regulación en los Derechos internos. La eficacia de una norma exige, obviamente, que quienes se hayan visto perjudicados en sus derechos por el incumplimiento de la misma puedan acudir a los Tribunales y a través de ellos obtener la tutela de sus derechos. El TJCE ha empezado a partir de los años ochenta a hablar de un derecho de los particulares a la tutela judicial, derivado de los principios generales del Derecho comunitario<sup>54</sup>. A partir de este derecho, el TJCE ha considerado contraria al Derecho comunitario una norma que, contra las decisiones administrativas de expulsión de extranjeros nacionales de otro Estado miembro, sólo permitía interponer un recurso ante un órgano administrativo y además no permitía a éste suspender la expulsión mientras se decidía sobre el fondo<sup>55</sup>. También se consideró incompatible con el Derecho comunitario la atribución a un órgano administrativo, sin posible control judicial, de la competencia para interpretar un concepto legal indeterminado (el de seguridad pública), de cuya apreciación dependía la restricción de una libertad comunitaria<sup>56</sup>. Tampoco han superado el control del TJCE algunas normas que permitían a la Administración dictar sin motivación resoluciones limitativas o extintivas de derechos subjetivos otorgados por el Derecho comunitario, haciendo prácticamente imposible su

53. Como dice ALONSO GARCÍA, R.: en «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid, 1991, vol. III, pgs. 799-836 (pgs. 827-828), «resultará también difícil frenar la penetración de standards superiores de protección, invocados por los ciudadanos y aplicados por los Jueces y Tribunales nacionales en los sectores "comunitarizados", y su extensión al resto de los sectores de la vida jurídica interna» (vid. también lo que afirma en *Derecho Comunitario. Derecho Constitucional*, cit., pgs. 244-245 y 649). En el mismo sentido, MORENO MOLINA, A. M.: *La ejecución*, cit., pg. 272; KOENIG, C. y C. SANDER: *Einführung*, cit., pg. 23; KOKOTT, J.: «Europäisierung des Verwaltungsrechts», cit., pg. 341; JANNASCH, A.: «Vorläufiger Rechtsschutz», cit., pg. 361. Este último autor pone el ejemplo del Derecho inglés, que ha extendido la tutela cautelar contra la Corona a todos los procesos después de que el TJCE le obligara en el caso «Factortame» a concederla en aquellos en que estuviere en juego la eficacia del Derecho comunitario.

54. Vid. FERNÁNDEZ MARTÍN, J. M<sup>a</sup>: «El principio de tutela judicial efectiva», cit.; CLASSEN, C. D.: *Die Europäisierung*, cit., pgs. 31-32; VON DANWITZ, T.: «Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft», *NW*, 46 (1993), pgs. 1108-1115 (pg. 1114), y en la Jurisprudencia las Sentencias «Johnston» (TJCE 1986, 86), «Heylen» (TJCE 1988, 27), «Vlassopoulos» (TJCE 1991, 188), «Verholen» (TJCE 1991, 235) o «Kraus» (TJCE 1993, 41), citadas previamente en la nota 43.

55. Sentencia de 5 de marzo de 1980, Rec. 1980, pg. 712 («Pecastaing»). La Ley que se declaró contraria al Derecho comunitario era belga y transponía la Directiva 64/221/CEE, de 25 de febrero de 1964, que es uno de los textos normativos comunitarios que exigen expresamente que se prevea una vía judicial para la impugnación de las medidas acordadas por las autoridades nacionales al amparo de la misma.

56. Se trata de la Sentencia, ya citada, de 15 de mayo de 1986 (TJCE 1986, 86) («Johnston»), relativa a la aplicación del art. 6 de la Directiva 76/207/CEE, sobre no discriminación en razón del sexo. La misma norma del Derecho británico ha sido recientemente declarada contraria al art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia del TEDH de 10 de julio de 1998, asunto «Tinnelly y otros» c. Reino Unido.

control judicial, o que conducían a este último resultado mediante la calificación como actos de trámite de determinadas resoluciones estatales dictadas en aplicación del Derecho comunitario<sup>57</sup>. El Derecho estatal puede extender la aplicación de su sistema de plazos procesales al ejercicio de las acciones basadas en los derechos otorgados por el ordenamiento comunitario, pero para ello es preciso que el Estado haya creado un grado suficiente de seguridad jurídica respecto a la aplicabilidad de las normas comunitarias. Por tanto, los plazos sólo pueden empezar a correr a partir de la transposición correcta de las directivas al Derecho interno<sup>58</sup>.

Este parámetro de la efectividad de la tutela lo exige el TJCE a los órganos judiciales nacionales más que a sí mismo, y de hecho las posibilidades de obtener la tutela de los Tribunales comunitarios se limitan, como hemos visto, a las vías de recurso previstas en los Tratados, sin que se plantee si su aplicación proporciona una protección completa a los particulares<sup>59</sup>. La razón es doble: por un lado, el TJCE, como todas las instituciones comunitarias, sólo puede ejercer las competencias que le han sido atribuidas expresamente (sin perjuicio de la aplicación de criterios interpretativos como el efecto útil, que le han permitido extender de algún modo las competencias comunitarias). Por otro lado, el TJCE reconoce ese derecho a la tutela judicial de forma instrumental, para utilizar a los particulares y a los Tribunales nacionales en la tarea de asegurar la eficacia del Derecho comunitario, y se supone que el sistema de recursos previstos por los Tratados ya le permite a él mismo realizar esa tarea sin necesidad de otras modificaciones.

Una de las exigencias que se derivan de este derecho comunitario a la tutela judicial es que el sistema de justicia administrativa del Derecho interno permita formular pretensiones procesales de la suficiente amplitud como para garantizar que los Tribunales puedan hacer cumplir eficazmente el Derecho comunitario. Ello exige no sólo una regulación amplia de las pretensiones, sino también, lógicamente, atribuir a los órganos judiciales los poderes necesarios para incluir en la sentencia todos los pronunciamientos requeridos para la satisfacción de la pretensión, en el caso, claro está, de que deba ser estimada por reunir todos los presupuestos procesales y además encontrar el fundamento necesario en el Derecho aplicable<sup>60</sup>.

57. Este último es el problema abordado por la Sentencia del TJCE de 3 de diciembre de 1992 (TJCE 1992, 208) («Borelli»); vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho comunitario. Sentencia *Borelli* de 3 de diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el art. 5 CEE», REDA, 78 (1993), pgs. 297-314; RUIZ-JARABO COLOMER, D.: «Cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el Derecho administrativo», en MENÉNDEZ PÉREZ, S. (Dir.): *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*. Madrid, 1996, pgs. 81-126 (pgs. 97-100); TONNE, M.: *Effektiver Rechtsschutz*, cit., pgs. 200-205. En general sobre el incremento de los poderes de los Jueces nacionales debido al principio de eficacia del Derecho comunitario, vid. MORENO MOLINA, Á. M.: *La ejecución*, cit., pgs. 114 y ss.

58. Sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991 (TJCE 1991, 254) («Emmott»), Rec. 1991, pg. I-4269 (4299). Un análisis de esta jurisprudencia y de sus efectos en el Derecho interno en MÜLLER-FRANKEN, S.: «Gemeinschaftsrechtliche Fristenhemmung, richtlinienkonforme Auslegung und Bestandskraft von Verwaltungsakten», DVBl, 113 (1998), pgs. 758-765.

59. Vid. RENGELING, H. W. «Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht», cit., pgs. 215-216.

60. Así lo afirma DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núm. 441, aunque en-

Un sistema de Justicia administrativa que sólo permitiera a los Tribunales dictar sentencias declarativas o anulatorias no podría alcanzar el umbral de eficacia requerido, al dejar en definitiva en manos de la Administración demandada la decisión de adecuar su conducta a la sentencia. A no ser que esa sentencia equivalga en la práctica a una sentencia de condena porque se permita a los órganos judiciales indicar en un lugar u otro a la Administración qué conducta concreta debe adoptar para cumplirla<sup>61</sup>. La misma falta de eficacia se dará si no se puede garantizar la ejecución de las sentencias contra la voluntad de la Administración condenada.

La Jurisprudencia comunitaria va avanzando claramente en esta dirección. En los primeros tiempos del Derecho comunitario es patente la influencia del sistema francés de justicia administrativa y por tanto del esquema impugnatorio, del carácter declarativo de las sentencias y de la posición del recurrente como mero denunciante que pone en marcha un mecanismo de control objetivo de la legalidad. De hecho, estos conceptos se reflejan mucho más en la versión inicial del Tratado CEEA (1951) que en la del TCE (1957)<sup>62</sup>. No olvidemos que cuando se adoptaron los Tratados comunitarios la Justicia administrativa alemana se encontraba en plena fase de transición y que la VwGO sólo se aprobaría en 1960<sup>63</sup>.

tiende que el sistema de pretensiones del Derecho alemán, que es su objeto de estudio, responde suficientemente a este «standard».

61. Éste parece ser el camino seguido por el Derecho francés en las últimas legislativas, en las que se intenta mantener en lo posible la fidelidad nominal al dogma de la separación de poderes y de la prohibición de que los órganos de la Jurisdicción Administrativa dicten resoluciones de condena contra la Administración, pero a la vez mitigar los inconvenientes de este sistema de acciones. Vid. la nota 66 del Capítulo II.
62. Ya he explicado supra, en la nota 6, que mientras el recurso contra la inactividad del Tratado CEEA se articula técnica como la impugnación de un acto administrativo denegatorio presunto (art. 35), en los otros dos Tratados se regula como un recurso contra la inactividad, al margen del recurso de anulación o impugnatorio. Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA, mientras que el recurso de anulación «está configurado inequívocamente sobre el modelo del recurso contencioso-administrativo francés de exceso de poder, respondiendo a una estructura y a una función prácticamente idéntica» («Las competencias y el funcionamiento», cit., pg. 677), en la regulación del recurso por inactividad se ha tenido en cuenta entre otros el modelo alemán (pg. 686), aunque los efectos meramente declarativos de la sentencia nos vuelven a remitir al sistema francés (pg. 687). La influencia francesa es especialmente visible en el Tratado CEEA, como se puede comprobar en que, en este Tratado, la única versión jurídicamente vinculante es la francesa, como subraya CZASCHE, H.: *Die Untätigkeitsklage*, cit., pg. 29, y entre nosotros tempranamente CARRILLO SALCEDO, J. A.: *La recepción del recurso contencioso-administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*. Sevilla, 1958, pgs. 169 y ss. Sobre la influencia francesa en la redacción de los Tratados comunitarios, vid. FROMONT, M.: *Rechtsschutz*, cit., pgs. 192 y ss.; VON DANWITZ, T.: *Verwaltungsrechtliches System*, cit., pgs. 150-151. Como este autor recuerda en la pg. 156, el Derecho alemán no ha podido dejar de influir con posterioridad en la jurisprudencia comunitaria ya que un tercio de los procesos tramitados ante los Tribunales comunitarios proceden de Alemania y los órganos judiciales de este país son con diferencia los que más cuestiones prejudiciales presentan. SCHIMDT-ASSMANN, E.: «Empfiehl es sich?», cit., pgs. 834, subraya la tensión entre los procedimientos de recurso regulados en los Tratados y la tendencia posterior a subrayar la importancia de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la tutela judicial, y concluye que esta tensión debe llevar a una interpretación más generosa de las normas de los Tratados relativas a la legitimación de los particulares.
63. Subraya la importancia de este hecho CZASCHE, H.: *Die Untätigkeitsklage*, cit., pg. 32. Cuando se aprobaron los Tratados comunitarios la acción contra la inactividad administrativa se articulaba también en Alemania a través de una pretensión impugnatoria.

No debe sobrevalorarse la importancia de que esta regulación haya quedado cristalizada en los Tratados y de que, dado el procedimiento seguido para sus últimas revisiones, sea difícil que los Estados asuman los costes de una reforma por razones exclusivamente técnicas<sup>64</sup>. En primer lugar porque lo que aquí importa no es tanto el sistema de justicia comunitario como las exigencias que el Derecho comunitario impone a los sistemas nacionales de justicia administrativa, y ya hemos visto que ambos parámetros no tienen que coincidir necesariamente. Además, el TJCE ha demostrado su capacidad de reinterpretación y de interpretación evolutiva de los Tratados, respondiendo a las exigencias e impulsos que lo rodean, entre las que se encuentra claramente la de garantizar los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, formulada entre otros por Tribunales Constitucionales como el alemán<sup>65</sup>.

El Derecho comunitario evoluciona alejándose del contencioso anulatorio. La introducción a través del Tratado de Maastricht de un nuevo artículo 228.2 que permite al TJCE condenar a los Estados a pagar multas en sentido estricto o multas coercitivas es un paso de gran importancia simbólica. Parece difícil que un Estado miembro pueda justificar que sus tradiciones constitucionales le prohíben reconocer a un Tribunal la potestad de condenar a una Administración de cualquier tipo cuando el Derecho comunitario permite al TJCE dictar una sentencia de condena nada menos que contra un Estado soberano. El desarrollo de las medidas cautelares en la jurisprudencia comunitaria es otra señal en la misma dirección, al margen de su efecto limitativo respecto a Derechos como el alemán. El hecho de que el TJCE reconozca la posibilidad de ordenar medidas cautelares suspensivas y positivas en procesos en los que la sentencia estimatoria es meramente declarativa y que por tanto sólo tienen la finalidad, teóricamente, de depurar la legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias o de los Estados, indica a las claras el reconocimiento de que ese carácter meramente objetivo es sólo un dogma más o menos cómodo para legisladores y Tribunales pero que no puede prevalecer sobre el hecho de que ese recurso sirve para tutelar de hecho posiciones subjetivas de particulares y que debe ser aplicado de forma coherente con esa función<sup>66</sup>.

El Derecho comunitario es, por tanto, un impulso más para que el legislador mejore la eficacia de un sistema de justicia administrativa introduciendo en él la posibilidad de que los demandantes deduzcan pretensiones de condena y los Tribu-

64. Sobre el sistema de conferencias intergubernamentales utilizado para preparar los Tratados de Maastricht y Amsterdam y sus inconvenientes, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El Proyecto de Constitución Europea», *REDC*, 45 (1995), pgs. 9-29.

65. Sobre las consecuencias que tiene para la evolución del Derecho comunitario este diálogo entre el TJCE y aquellos Tribunales Constitucionales que aún afirman su derecho a controlar aquellos actos de las instituciones comunitarias que consideren claramente «ultra vires», vid. DI FABIO, U.: *Das Recht offener Staaten*. Tübingen, 1998, pg. 141; VON DANWITZ, T.: *Verwaltungsrechtliches System*, cit., pgs. 494 y ss.

66. Un buen ejemplo del otorgamiento de medidas cautelares positivas en recursos que, como el de incumplimiento, sólo pueden finalizar con una Sentencia declarativa, es la Sentencia del TJCE de 26 de noviembre de 1996 (TJCE 1996, 219) («Port»), Rec. 1996-I, pg. 6065. Sobre el tema, vid. KOKOTT, J.: «Europäisierung des Verwaltungsrechts», cit., pg. 343, y JANNASCH, A.: «Vorläufiger Rechtsschutz», cit., pgs. 363-364.

nales dicten también este tipo de sentencias. Lo contrario puede llevar en determinadas circunstancias a una sentencia del TJCE que declare que las normas reguladoras de la jurisdicción administrativa no son compatibles con el Derecho comunitario.

#### **b) La tutela judicial de los derechos subjetivos de origen comunitario.**

El derecho a la tutela judicial que garantiza el Derecho comunitario se reconoce a los titulares de posiciones jurídicas subjetivas otorgadas por éste, ya que ni los Tratados abren la vía a una acción popular ante el TJCE para reclamar el cumplimiento del Derecho comunitario, ni el TJCE exige que se admita ante los Tribunales de los Estados miembros. La acción popular, al menos con carácter general, no está reconocida en ninguno de los sistemas de justicia administrativa de la Europa comunitaria. En la determinación de cuáles sean esas posiciones jurídicas subjetivas a cuya titularidad se anuda el derecho de acudir a los Tribunales y obtener su tutela efectiva, se ha producido otra importante contribución del TJCE al acercamiento de los Derechos nacionales<sup>67</sup>.

El TJCE sostiene que toda ventaja clara e incondicionada que el Derecho comunitario reconozca a algún particular habilita a éste, en virtud del efecto directo, para reclamar la tutela de los Tribunales nacionales frente a cualquier eventual acción o inactividad de los poderes públicos que la vulnere<sup>68</sup>. El concepto utilizado es más amplio, por tanto, que el de derecho subjetivo en sentido estricto, ya que incluye también ventajas derivadas de la aplicación de normas que tengan como finalidad la tutela de intereses públicos y no la de los particulares. El criterio se acerca, por tanto, a la idea de interés, utilizada en Francia como requisito de acceso

67. Dado que la Comunidad carece de competencia para la armonización del Derecho administrativo interno, y tampoco del Derecho administrativo en cuanto instrumento jurídico de la ejecución del Derecho comunitario por las autoridades nacionales, el TJCE afirma, por ejemplo en su Sentencia de 11 de julio de 1991 (TJCE 1991, 235) («Verholen»), Rec. 1991, pg. I-3757 (3790-3791), que corresponde al Derecho nacional regular los requisitos de legitimación exigidos para interponer los recursos que permitan obtener un control judicial de la legalidad de las decisiones administrativas nacionales que apliquen el Derecho comunitario, lo que no impide una influencia comunitaria sobre esos requisitos de legitimación, a través de los principios de no discriminación y de efectividad, y también del derecho subjetivo comunitario a la tutela judicial efectiva.

68. El TJCE empleó una línea argumental similar para reconocer la legitimación del Parlamento Europeo para impugnar los actos de las demás instituciones, a pesar de que no se le reconocía en la redacción del art. 173 TCE vigente hasta el Tratado de Maastricht. En su Sentencia de 22 de mayo de 1990 (TJCE 1990, 162) (Parlamento c. Consejo), Rec. 1990, pg. I-2041 (2072-2073), el Tribunal afirmó que el respeto al principio comunitario de equilibrio institucional obliga a que cada institución actúe dentro del ámbito competencial asignado y a que estén previstos instrumentos jurídicos que permitan sancionar las exralimitaciones. De ahí la necesidad de que el Parlamento pueda interponer el recurso de anulación (actual art. 230 del TCE) contra los actos de las demás instituciones que vulneren sus competencias. Por esta misma razón, el Parlamento Europeo sólo está legitimado para interponer el recurso en defensa de sus competencias, y no le basta un simple interés en la depuración del ordenamiento comunitario. Así lo afirmó el Tribunal en su Sentencia de 7 de julio de 1992 (TJCE 1992, 133) (Parlamento c. Consejo), Rec. 1992, pg. I-4193 (4233, §9), y se recoge ahora en el art. 230, párr. 3º, del TCE (que ha sido modificado por el Tratado de Amsterdam al objeto de incluir, con este mismo carácter limitado, la legitimación del Tribunal de Cuentas).

al contencioso de exceso de poder y que entre nosotros se convierte en un título que da derecho a obtener la tutela judicial necesaria para su plena satisfacción, incluida en su caso una sentencia de condena<sup>69</sup>. Lo decisivo en la jurisprudencia comunitaria es que la norma en cuestión sea de algún modo individualizable con relación a una persona o grupo de personas, en la expresión usual en nuestro Derecho<sup>70</sup>. A veces basta que la finalidad de la norma en cuestión tenga alguna relación con la salud u otro bien personal, aunque esa finalidad sea muy genérica, como ocurre con las directivas que imponen límites máximos a la presencia de determinadas sustancias en el aire o el agua, que afectan a directamente los individuos pero en un ámbito amplísimo<sup>71</sup>.

Esta Jurisprudencia no es casual o irrelevante, sino que constituye una de las principales aportaciones del TJCE a la efectividad del Derecho comunitario<sup>72</sup>. De hecho, ha ido en paralelo a la más conocida de esas aportaciones, la doctrina del efecto directo de las normas comunitarias, que fue en su momento un paso clave y dejó claro que el Derecho comunitario, aun teniendo su origen en Tratados internacionales, supera la barrera de lo interestatal y produce efectos directamente en los ordenamientos internos más allá de la voluntad de cada Estado miembro, también en los ordenamientos jurídicos que parten del dualismo al regular la eficacia de los Tratados internacionales<sup>73</sup>. La «generosidad» del TJCE en el reconoci-

69. El criterio que sirve para determinar cuándo una norma comunitaria otorga derechos a los particulares es el del interés; el criterio de legitimación sigue siendo subjetivo, sin que se admita la acción popular: vid. KOKOTT, J.: «Europäisierung des Verwaltungsrechts», cit., pgs. 356-357, y SCHEUING, D. H.: «Europarechtliche Impulse», cit., pg. 314.

70. En este sentido, BURGI, M.: *Verwaltungsprozeß und Europarecht*, cit., pg. 53; VON DANWITZ, T.: *Verwaltungsrechtliches System*, cit., pg. 232; GELLERMANN, M.: *Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, pgs. 44-51, que cita las dos Sentencias de 30 de mayo de 1991 (TJCE 1991, 202 y 203) en sendos asuntos Comisión c. Alemania, Rec. 1991-I, pgs. I-2567 (2596) y I-2607 (2626).

71. Vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núms. 450-452.

72. Por ello el TJCE exige a los Estados miembros que abran sus respectivos sistemas de justicia administrativa a los titulares de simples intereses, mientras que esa condición no es un título de legitimación suficiente para interponer los recursos regulados en los arts. 230 y 232 TCE, como recuerdan VON DANWITZ, T.: *Verwaltungsrechtliches System*, cit., pgs. 241-242, o WINTER, G.: «Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts», *NVwZ*, 18 (1999), pgs. 467-475.

73. Existe una relación muy directa entre reconocer a una norma carácter imperativo o vinculante y admitir que la misma atribuye directamente derechos a los ciudadanos, como se puede observar en Sentencias como la de 5 de febrero de 1963 («Van Gend & Loos»), Rec. 1963, pg. 1; 15 de julio de 1964 («Costa/ENEL»), Rec. 1964, pg. 1251, ó 16 de junio de 1966 («Lütticke»), Rec. 1966, pg. 257, y a ella se refieren KOKOTT, J.: «Europäisierung des Verwaltungsrechts», cit., pg. 354; VON DANWITZ, T.: «Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlich Gemeinschaftsrechte», *DÖV*, 49 (1996), pgs. 481-490 (pgs. 482-483), y entre nosotros ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario, Derechos nacionales*, cit., pgs. 93-100; ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. Madrid, 1988, pgs. 118-121. En su Dictamen 1/1991, Rec. 1991, I-6079 (6102), relativo al Tratado para la creación del Espacio Económico Europeo, el Tribunal insistió en que el ordenamiento jurídico comunitario está regido por un principio de integración, del que se deriva una característica fundamental, como es que determinadas normas contenidas en los Tratados constitutivos no otorgan derechos e imponen obligaciones exclusivamente a las partes, los Estados, sino también directamente a sus ciudadanos.

Tal vez por esto haya sido siempre problemático admitir que los Tratados que vinculan directamente a las Comunidades Europeas (como los relativos al GATT) otorgan a los particulares



miento de derechos subjetivos derivados del ordenamiento comunitario es, sobre todo, una vía para fortalecer la eficacia de éste, una forma, si se quiere, de instrumentalizar a los particulares en el logro de ese objetivo<sup>74</sup>.

La interpretación amplia del concepto de derecho subjetivo en la jurisprudencia comunitaria ha tenido mucho importancia para el Derecho alemán, en el cual, según veremos en el capítulo siguiente, sólo quienes hayan podido sufrir una lesión en sus derechos subjetivos pueden poner en marcha un proceso administrativo y además no todo interés favorecido por la aplicación de una norma es reconocido como derecho subjetivo<sup>75</sup>. El cambio ha afectado a múltiples sectores, pero ha sido

derechos que éstos pueden invocar directamente contra el Derecho comunitario interno: vid. la Sentencia de 12 de diciembre de 1972 («International Fruit & Co.»), Rec. 1972, pg. 1219 (1227, §§7-9), y en la doctrina ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional*, cit., pgs. 246-247; ZULEEG, M.: «Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?», *DVB*, 91 (1976), pgs. 509-521 (pg. 514); VON DANWITZ, T.: *Verwaltungsrechtliches System*, cit., pgs. 105-109 y 230-231. Sobre la importancia de la doctrina del efecto directo como alternativa a la tesis dualista, defendida inicialmente en algunos Estados miembros, según la cual el Derecho comunitario sólo establece directamente obligaciones y derechos para los Estados contratantes, vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *El Estado*, cit., pgs. 128-130; BLECKMANN, A.: *Europarecht. Das Recht der Europäischen Gemeinschaft*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1997 (6ª ed.), pgs. 361-377.

74. Esto lo subrayan continuamente los autores alemanes, que intentan relativizar esa «generosidad» del ordenamiento comunitario después de haberse visto obligados a ampliar, por exigencias comunitarias, el concepto de derecho público subjetivo de su ordenamiento interno. Vid. VON DANWITZ, T.: «Die Garantie effektiven Rechtsschutzes», cit., pg. 1114; J. KOKOTT, «Europäisierung des Verwaltungsrechts», cit., pgs. 343-344; SCHEUING, D. H.: «Europarechtliche Impulse», cit., pg. 314 (teoriza la «instrumentalización» como una de las técnicas de que se sirve el Derecho comunitario para garantizar su eficacia); GELLERMANN, M.: *Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts*, cit., pg. 50; STEINITZAUER, B. M.: *Die Auslegung, Kontrolle und Durchsetzung mitgliedstaatlicher Pflichten im Recht des Internationalen Währungsfonds und der Europäischen Gemeinschaft*. Berlin, 1996, pgs. 184-220 (esta autora estudia la legitimación de los particulares como una de las técnicas de que se puede servir una organización internacional para asegurar el cumplimiento por los Estados miembros de sus obligaciones). En el concreto sector del medio ambiente esta tendencia hacia la interpretación amplia de los requisitos de legitimación no es exclusiva del Derecho comunitario, sino que se aplica también en otros ámbitos, donde se reconoce la legitimación asociativa o la acción popular, como recuerda J. KOKOTT (op. cit., pgs. 357-359). Algunos autores, como BURGI, M.: *Verwaltungsprozess und Europarecht*, cit., pg. 57, afirman, sin demasiadas pruebas, que esa función de los derechos de origen comunitario los hace más vulnerables cuando entran en colisión con el interés público comunitario.
75. El Derecho comunitario ha exigido al ordenamiento alemán que rebaje considerablemente los requisitos de legitimación, puesto que buena parte de las posiciones subjetivas que el TJCE ha calificado como derechos derivados de las normas comunitarias, no eran reconocidos como derechos subjetivos en Alemania. Vid. explicaciones de este fenómeno en CLASSEN, C. D.: *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, cit., pgs. 35 y 73-77; VON DANWITZ, T.: *Verwaltungsrechtliches System*, cit., pgs. 230-248; BURGI, M.: *Verwaltungsprozess und Europarecht*, cit., pgs. 52 y ss.; ZULEEG, M.: «Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?», cit., pg. 514; «Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration», *JZ*, 49 (1994), pgs. 1-8; FRENZ, W.: «Subjektiv-öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrechts vor deutschen Verwaltungsgerichten», *DVB*, 110 (1995), pgs. 408-415; UKROW, J.: *Richterliche Rechtsfortbildung*, cit., pgs. 136-138; SCHWARZE, J.: «Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts», en SCHWARZE, J. (Hrsg.): *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsordnungen in der Europäischen Union*. Baden-Baden, 1996, pgs. 789-846 (esp. pgs. 815-816); RUFFERT, M.: «Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts», *DVB*, 113 (1998), pgs. 69-75; WÜRTENBERGER, T.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pg. 36. Ante este problema, la doctrina se ha planteado la alternativa de reconocer como derechos subjetivos a estas posiciones jurídicas cuya tutela exige el TJCE (en cuyo caso el acceso a los Tribunales quedaría abierto automáticamente) o establecer que los

especialmente espectacular en el caso de los contratos públicos, donde tras una prolongada batalla con la Comisión y el TJCE, Alemania decidió cambiar en 1998 los principios básicos que venían ordenando la regulación de esta materia a fin de reconocer que las normas reguladoras del procedimiento de licitación otorgan derechos subjetivos a los aspirantes a la misma, lo que les permite acudir a los Tribunales cuando crean que se han incumplido dichas normas<sup>76</sup>.

## 5. LA POSIBLE INFLUENCIA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE CONDENNA

El CEDH impone a los Estados que son parte del mismo un mínimo común denominador en cuando a la protección de los derechos humanos. El elemento más característico de este convenio es la puesta a disposición de todos los individuos colocados bajo la soberanía de dichos Estados de una vía de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la cual pueden reaccionar ante las violaciones del Convenio. Uno de los derechos reconocidos por éste es el de acceso a los Tribunales (art. 6.1), y de aquí podría derivarse otra nueva directiva que vincule al legislador en la regulación de la Justicia administrativa, exigiéndole que admita la formulación de pretensiones de condena<sup>77</sup>.

El artículo 6.1, que contiene el derecho a la tutela judicial, se aplica, como es sabido, a «los litigios sobre (...) derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal», y plantea el problema de

---

mismos son una figura «ad hoc» que otorga legitimación procesal, pero sin reconocerles la condición de derechos subjetivos: por todos, vid. DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsschutz», cit., núm. 445. Muchos autores descartan esta segunda posibilidad porque supondría una discriminación respecto a los derechos otorgados por el ordenamiento interno, incompatible con el Derecho comunitario, como afirman VON DANWITZ, T.: op. cit., pgs. 245-246. Este último autor se plantea en «Zur Grundlegung», cit., pg. 490, y a la vista de la Jurisprudencia del BVerfG sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el constitucional interno, en qué medida el TJCE puede introducir una mutación estructural de este tipo en el ordenamiento de un Estado miembro. También RUFFERT, T.: op. cit., pgs. 74-75, es partidario de integrar la protección de esos derechos de origen comunitario en el Derecho alemán a partir de una interpretación amplia del concepto de derecho público subjetivo y no abriendo una vía «ad hoc» de legitimación.

Es a la luz de esta característica del Derecho alemán, es decir, de que la invocación de un derecho subjetivo es un requisito indispensable para el ejercicio de acciones ante la jurisdicción administrativa, como se entiende la vinculación establecida por el TJCE entre el efecto directo de las normas comunitarias, su «invocabilidad» ante los Tribunales nacionales y su idoneidad para el otorgamiento de derechos subjetivos, ante la que manifiesta una cierta perplejidad, cuando no oposición, ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario, Derechos nacionales*, cit., pgs. 95-100.

76. Sobre este punto, vid. mi trabajo «La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el Derecho español», de próxima publicación en el libro homenaje al Profesor R. MARTÍN MATEO.

77. La protección de los particulares frente a la actuación del ejecutivo tiene su sede en el art. 13 del Convenio, pero éste no garantiza una tutela judicial, sino que exige únicamente la apertura de una vía de recurso, aunque sea administrativo, si bien se deben reunir en todo caso un mínimo de garantías, sintetizadas por SCHMIDT-ASSMANN E. en «Europäische Rechtsschutzgarantien», cit., pgs. 1292-1293.

si incluye a la justicia administrativa al hablar de los derechos y obligaciones civiles<sup>78</sup>. Hay que tener en cuenta que el CEDH abarca sistemas jurídicos con una estructura muy diferente, entre ellos algunos que, como los del «common law», no dan a la distinción entre Derecho público y privado y entre justicia ordinaria y administrativa el mismo significado que tiene en Alemania, Francia, Italia o España. Por tanto, no se pueden aplicar literalmente las expresiones del Convenio, especialmente cuando ello podría permitir a cada Estado eludir o restringir la aplicación del mismo por el sencillo mecanismo de alterar la calificación de determinadas figuras normativas<sup>79</sup>.

Estas razones han llevado a la Jurisprudencia del TEDH a considerar incluidos en el concepto de asuntos civiles, y por tanto cubiertos por las garantías del Convenio, muchos asuntos sometidos en los Estados miembros al conocimiento de la jurisdicción administrativa, básicamente aquellos en que los particulares defienden sus derechos privados frente a la actuación administrativa (derechos de libertad en general, incluidos los de propiedad o empresa, también los derechos ambientales como derivación del derecho a la intimidad)<sup>80</sup>. También se han incluido los asuntos

78. Algunas sanciones administrativas se consideran incluidas en el concepto de «acusación en materia penal», siguiendo el argumento de que un Estado parte en el Convenio no puede escapar a su aplicación o limitarla modificando la calificación (penal o administrativa) de una medida punitiva. Los órganos encargados de la aplicación del Convenio emplean para decidir en cada caso si una sanción administrativa está afectada por el art. 6, criterios como su contenido o finalidad. Vid. TONNE: *Effektiver Rechtsschutz*, cit., pg. 151. Como explica KLEY-STRULLER, A.: *Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt*. Zürich, 1993, pg. 8, a partir de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal, éste aplica un concepto autónomo de «causa penal», es decir, desligado de la calificación que les dé el Derecho interno. Entre los criterios utilizados por el TEDH para incluir determinadas infracciones administrativas en el ámbito de aplicación del Convenio, destaca la mayor o menor amplitud del círculo de los destinatarios de la norma sancionadora (con lo que se pretende evitar la aplicación del mismo a las normas puramente disciplinarias) y también la mayor o menor gravedad de la sanción.

79. De ahí la interpretación con criterios autónomos del concepto de causa civil, utilizado en el art. 6 del Convenio. Vid. KLEY-STRULLER, A.: *Art. 6 EMRK*, cit., pg. 19. Se utiliza sobre todo un criterio teleológico-evolutivo (pg. 20), habida cuenta de que la mención a los «derechos civiles» hace referencia, sobre todo en la versión inglesa del Convenio, más a los derechos fundamentales que a los derechos y obligaciones de carácter civil (pg. 21). Sobre la interpretación de este precepto, vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA E. (Coord.), E. LINDE, L. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Madrid, 1983 (2ª ed.), pgs. 91-98, y HARRIS, D. J.: «The application of article 6 (1) of the European Convention on Human Rights to Administrative Law», *British Yearbook of International Law*, XLVII (1974-1975), pgs. 157-200, especialmente pgs. 163 y ss. En la fase inicial de aplicación del Convenio, la (ya extinta) Comisión Europea de Derechos Humanos defendía un criterio restrictivo respecto a su posible aplicación a supuestos de Derecho administrativo. Para ello descartaba la versión inglesa de la expresión «derechos y obligaciones de carácter civil» por su ambigüedad (tanto podía referirse a lo que usualmente denominamos Derecho privado como a las libertades públicas), para ceñirse a la francesa, que remite claramente al Derecho privado.

80. Vid. SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Europäische Rechtsschutzgarantien», cit., pgs. 1295-1296; DÖRR, O.: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», cit., núms. 575-576; KLEY-STRULLER, A.: *Art. 6 EMRK*, cit., pgs. 27 y ss. El TEDH comenzó incluyendo en el ámbito de aplicación del Convenio procesos administrativos en los que estuviera en juego algún derecho privado: reparcelaciones, contratos sometidos a aprobación administrativa, etc. HARRIS, D. J.: «The application», cit., pgs. 161 y ss., teoriza este primer intento jurisprudencial de ampliar el ámbito de aplicación del art. 6.1 del CEDH, diciendo que combina una interpretación estricta de la expresión «derechos y obligaciones de carácter civil» con una interpretación amplia del término «determinación», aplicado también a las decisiones administrativas que inciden sobre derechos privados. Él se

relativos a la Seguridad Social, tanto a las prestaciones como a las contribuciones, a partir del argumento de que, aunque este tipo de relaciones están reguladas por el Derecho público en muchos Estados miembros, podrían quedar configuradas también, dado su contenido, como jurídico-privadas<sup>81</sup>. En la práctica sólo quedan fuera los procesos relativos a relaciones especiales de sujeción y los referidos a derechos políticos: funcionarios (excepto las cuestiones patrimoniales), derecho de sufragio, derecho de asilo, etc<sup>82</sup>.

Una vez planteada la necesidad de verificar si los sistemas nacionales de justicia administrativa satisfacen el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 6.1 CEDH, el TEDH se ha enfrentado en varias ocasiones a la cuestión de si ese umbral mínimo es respetado en los casos en que el proceso judicial administrativo se organiza de forma estrictamente revisora, es decir, cuando el órgano judicial nacional sólo es competente para «revisar» una decisión administrativa previa, y en su caso declararla contraria a Derecho o anularla. Como es sabido, el Convenio sólo pretende garantizar un mínimo común denominador que en la práctica es inferior al «standard» exigido por las Constituciones de la mayoría de los Estados parte (con alguna excepción como la del retraso en la administración de justicia, que ha dado lugar con frecuencia a sentencias desfavorables para los Estados miembros). Si tenemos también en cuenta que en los Estados parte hay sistemas muy diferentes de justicia administrativa pero con claro predominio de los de carácter revisor (entre los que se encuentra, por ejemplo, además de la familia francesa, el sistema austriaco), es comprensible que el TEDH haya dado por buenas casi todas las características de estos últimos y en absoluto haya pretendido avanzar hacia una justicia administrativa óptima<sup>83</sup>.

El TEDH parte, en todo caso, de que un sistema en el cual el órgano judicial sólo pueda desestimar la demanda o anular el acto impugnado, pero no incluir otros pronunciamientos en la sentencia, es imperfecto y debe reunir una serie de características adicionales para ser conforme con el Convenio<sup>84</sup>. Así, el Tribunal ha

---

muestra más partidario de una interpretación amplia de los «derechos», que incluya directamente a la justicia administrativa en el ámbito de aplicación del Convenio, dado que, en una interpretación teleológica del mismo, la tutela de los particulares frente al Estado exige abarcar tanto la protección judicial en las relaciones «inter privados» como, especialmente, en los litigios contra el Estado.

81. Vid. TONNE, M.: *Effektiver Rechtsschutz*, cit., pgs. 154 y ss. El argumento utilizado por el TEDH para declarar que este tipo de asuntos son civiles a efectos del art. 6 del Convenio es que tales sistemas de previsión podrían estar organizados con arreglo a esquemas aseguratorios de Derecho privado, y en ese caso estaría fuera de duda la aplicación del Convenio.

82. Como recuerda KLEY-STRULLER, A.: *Art. 6 EMRK*, cit., pg. 37, las cuestiones funcionariales de tipo económico se han considerado incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio por su paralelismo con el Derecho laboral privado, y a partir de aquí se ha declarado aplicable el Convenio a toda controversia de contenido patrimonial, con independencia del orden jurisdiccional al que corresponda conocer de acuerdo con el Derecho estatal aplicable.

83. Con todo, la Jurisprudencia del TEDH ha sido una de las causas, por ejemplo, de la evolución reciente del sistema de acciones de la jurisdicción administrativa francesa, y en particular la admisión de recursos de plena jurisdicción en materias que antes se habían considerado terreno natural del exceso de poder, como indica CHAPUS, R.: *Contentieux administratif*, cit., pg. 201.

84. Vid. GRABENWARTER, C.: *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: eine Studie zu Artikel 6*

de poder anular el acto impugnado, privándolo «ex tunc» de todos sus efectos, lo que puede exigir pronunciamientos distintos del estrictamente anulatorio. Aunque no sea necesario reconocer expresamente las pretensiones de condena, sí se exige que la sentencia obligue efectivamente a la Administración a ajustar a la misma su conducta, y no sólo al fallo sino también a sus fundamentos. Sería contraria al Convenio, por tanto, una legislación que permitiese a la Administración incumplir indefinidamente una sentencia firme<sup>85</sup>. Por otro lado, aunque un Estado puede exigir a los particulares que planteen sus solicitudes en vía administrativa antes de acudir a los Tribunales, su Derecho interno ha de recoger alguna técnica (como el silencio administrativo) que permita a los ciudadanos acudir a los Tribunales en defensa de sus derechos si la Administración permanece inactiva en lugar de pronunciarse expresamente. También es necesario que el órgano judicial encargado de resolver sobre el asunto pueda examinarlo en su integridad, incluidos los elementos fácticos, sin estar limitado por las pruebas practicadas o las declaraciones emitidas en el procedimiento administrativo, y debe poder también controlar en la medida suficiente las decisiones administrativas discrecionales o dictadas en aplicación de conceptos jurídicos indeterminados<sup>86</sup>.

La exigencia de que el proceso no tenga una duración excesiva sí puede decirse que aboga por la introducción de pretensiones de condena directas, frente a la alternativa de pretensiones anulatorias que obliguen indirectamente a la Administración a ajustarse a lo solicitado por el demandante. En los sistemas de justicia administrativa revisores, el TEDH considera incluidos en el tiempo de duración del proceso, no sólo la fase judicial de éste, sino también los recursos administrativos previos que sean obligatorios y también el tiempo que transcurre hasta que la Administración ajusta su conducta a la sentencia, lo que puede incluir un segundo proceso. En cambio, sí se reconoce al Tribunal la capacidad de condenar a la Administración a dictar un acto administrativo cuyo contenido se fije completamente en la sentencia, de forma que, en caso de que la Administración no lo dicte en el plazo que se le haya indicado, el Tribunal pueda declarar que el fallo tiene la misma eficacia que el acto omitido [art. 108.1 b) LJCA], parece claro que se reducen las posibilidades de que la Administración pueda eludir el cumplimiento de la sentencia o de que sea necesario tramitar un nuevo proceso declarativo para obtener ese resultado. Toda sentencia que vaya más allá de la simple anulación e indique a la Administración a qué queda obligada, deja menos resquicios a posibles incumplimientos y contribuye a evitar un segundo proceso, incluso en los casos en que, por unas u otras razones, no es posible fijar en todos sus detalles el contenido del acto que la Administración debe dictar.

*EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs*. Wien, 1997, pg. 384; KLEY-STRULLER, A.: *Art. 6 EMRK*, cit., pgs. 66 y ss.

85. Vid. GRABENWARTER, C.: *Verfahrensgarantien*, cit., pg. 385.

86. En este sentido, TÖNNE, M.: *Effektiver Rechtsschutz*, cit., pg. 170.

## Exigencias constitucionales a la configuración legal de las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo

### 1. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sin duda uno de los temas preferidos por la doctrina en los últimos veinte años ha sido el cambio que la aprobación de la Constitución, y dentro de ella especialmente los artículos 24.1 y 106.1, ha producido en el proceso contencioso-administrativo, en su regulación legal y en su aplicación judicial<sup>1</sup> A partir de la

1. La bibliografía es prácticamente inabarcable. Como trabajos monográficos dedicados al derecho a la tutela judicial efectiva, pueden destacarse ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.: *El derecho a la tutela jurisdiccional: la acción y el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978*; ALONSO GARCÍA, E.: «El artículo 24.1», cit.; BERMEJO VERA, J.: «La tutela judicial del administrado», *REDA*, 35 (1982), pgs. 567-580; Díez-PICAZO, L.: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *PJ*, 5 (1987), pgs. 41-49; FIGUERUELO BURRIEZA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid, 1990; GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y proceso*. Madrid, 1988. Especialmente referidos a la aplicación de este derecho fundamental a la jurisdicción contencioso-administrativa, AROZAMENA SIERRA, J.: «Incidencia de la Constitución en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *REVL*, 222 (1984), pgs. 7-18; FERNÁNDEZ, T.-R.: «La plenitud de la garantía jurisdiccional contencioso-administrativa en el contexto constitucional», en *Libro-Homenaje a Manuel García-Pelayo*, Caracas, 1980, vol. I, pgs. 343-364; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El proceso administrativo y la Constitución», *REDA*, 14 (1977), pgs. 365-386; *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid, 1989 (2ª ed.); PAREJO ALFONSO, L.: «La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución», *RAP*, 84 (1977), pgs. 569-588; MARTÍN REBOLLO, L.: «La justicia administrativa ante el texto constitucional (apostillas a un libro reciente)», *REDA*, 19 (1978), pgs. 519-539; DELGADO BARRIO, F. J.: «En torno al recurso contencioso-administrativo: una regulación excelente y un resultado decepcionante», *Actualidad Administrativa*, 1988, pgs. 1613-1623; PERA VERDAGUER, F.: «El proceso contencioso-administrativo y la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*. Madrid, 1985, pgs. 457-486; SÁINZ DE ROBLES, F. C.: «La incidencia de la Constitución en el proceso contencioso-administrativo», en el mismo *Homenaje*, pgs. 511-532; TORNOS MAS, J.: «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 122 (1990), pgs. 103-130; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Evolución reciente del contencioso-administrativo», *RAP*, 98 (1981), pgs. 7-40, ahora en *Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho público)*, pgs. 17-69, «Diez años de evolución en el panorama de la justicia administrativa española», *PJ*, 11 (1988), pgs. 9-29; VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo (Quince años de jurisprudencia Constitucional y Contencioso-Administrativa)*, La Ley/Actualidad. Madrid, 1997; GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», *REDA*, 33 (1982), pgs. 183-208; FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *jurisdicción administrativa revisora*, cit.

Constitución, y en particular, como he dicho, del derecho a la tutela judicial efectiva, se han replanteado los principios básicos del contencioso<sup>2</sup>, la legitimación, el carácter revisor<sup>3</sup>, el emplazamiento de los codemandados, la posición de los antes llamados coadyuvantes, las causas de inadmisibilidad, la ejecución de las sentencias, las medidas cautelares, etc. Ha habido incluso una reacción doctrinal frente a esta postura, reacción patrocinada por quienes, defendiendo los méritos de la LJCA/1956, han criticado la versión hipercrítica que de ésta se da para justificar la introducción de remedios y mejoras de origen constitucional<sup>4</sup>.

La Constitución ha supuesto para el contencioso-administrativo lo que para muchas otras instituciones y sectores ordinamentales: una exigencia y una limitación al legislador, que antes ampliaba o reducía soberanamente el ámbito del control judicial de la actividad administrativa. Esta carencia, hasta 1978, de un apoyo constitucional normativo del derecho a la tutela judicial ha afectado especialmente al contencioso-administrativo, puesto que el ámbito de los demás órdenes jurisdiccionales, en especial del civil y penal, venía fijado (una vez asumida por el primer constitucionalismo la separación entre las autoridades gubernativas y las judiciales) por una especie de tradición constitucional y fue respetado por el legislador a lo largo del siglo XIX. Por contra, la justicia administrativa apareció en buena medida como algo prescindible y de interés básicamente intraestatal, como un mecanismo de control interno, y ello contribuyó a fortalecer la absoluta libertad del legislador, que la amplió y redujo en función de consideraciones políticas, como se puede comprobar al estudiar los textos de 1845, 1888-1894 y demás anteriores a la LJCA/1956<sup>5</sup>. Es con esta libertad del legislador con la que rompe la CE al imponerle un nivel mínimo en la regulación del contencioso-administrativo. Nivel mínimo bastante elevado, sobre todo al incluir determinaciones materiales como la relativa a la efectividad de la tutela, por lo que hoy se puede decir que la plena garantía de este derecho fundamental (o el cumplimiento del mandato que contiene el art. 106.1) agota prácticamente la tarea legislativa<sup>6</sup>.

2. Sobre todo en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid, 1992 (2ª ed.).

3. Especialmente ligado, como veremos, con el tema de las pretensiones de condena, y sobre el que se puede remitir especialmente a FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora*, cit., y antes, entre otros, LINDE PANIAGUA, E.: «¿Crisis del principio revisor del proceso contencioso-administrativo? Dos supuestos de admisión del recurso prematuro por subsanación posterior», *REDA*, 22 (1979), pgs. 431-436; FERNÁNDEZ, T.-R.: «Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, 11 (1976), pgs. 728-733; MUÑOZ MACHADO, S.: «Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, 26 (1980), pgs. 496-512; RIVERO YSERN, J. L.: «Vía administrativa de recurso y justicia administrativa», *REDA*, 75 (1992), pgs. 381-390; TOLEDO JAUDENES, J.: «Resolución de las pretensiones de fondo del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acto que declara la inadmisibilidad del recurso de reposición», *REDA*, 3 (1974), pgs. 490-492.

4. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 15 y ss.

5. Vid. infra, Capítulos V y VI.

6. Con ello el Derecho español hace suya una configuración institucional del contencioso-administrativo de origen básicamente alemán. La GG incluye entre las cláusulas de cierre y de garantía de los derechos fundamentales (art. 19) la tutela judicial frente a toda lesión que los particulares sufran en sus derechos como consecuencia de la actuación de los poderes públicos. Esta cláusula forma parte, como he explicado supra, en el Capítulo II, de un esfuerzo por asegurar el control

Aunque en algunos puntos concretos la aplicación del artículo 24.1 CE ha significado la derogación de preceptos de la LJCA/1956 (y la aplicación supletoria, en su caso, de la LECiv)<sup>7</sup>, en la mayoría, sin embargo, el debate se ha centrado en la aplicación e interpretación de normas procesales que no se han declarado contrarias a la CE. Se trata normalmente de requisitos procesales cuyo establecimiento por el legislador (casi siempre preconstitucional) no se considera necesariamente contrario a la CE, aunque su aplicación rigurosa sí puede dar lugar a vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, corregibles a través del recurso de amparo<sup>8</sup>. En este epígrafe voy a adoptar una perspectiva más general, la de las exigencias que la CE impone al legislador a la hora de regular el contencioso-

judicial de la actuación estatal desde la perspectiva de la protección de los derechos de los ciudadanos, lo que constituye una directriz impuesta por los vencedores de la Segunda Guerra Mundial y dio lugar a una práctica refundación de la justicia administrativa, con la aprobación, ya antes de la GG, de distintas leyes regionales sobre la Justicia administrativa y, en 1960, de la VwGO. El derecho a la tutela judicial sigue siendo hoy un referente básico al analizar cualquier problema relativo a la jurisdicción administrativa, incluso en los procesos iniciados por la Administración: vid. ALONSO GARCÍA, E.: «El artículo 24.1», cit., pgs. 977-980, así como el comentario jurisprudencial de PEÑARRUBIA, J. M.: «Proceso al acto, carácter revisor de la jurisdicción y eliminación de obstáculos para el acceso a los Tribunales: tres Sentencias del TC sobre la Administración y el derecho a la tutela judicial efectiva», *REDA*, 91 (1996), pgs. 477-489.

7. Como ocurrió con la legitimación corporativa para el recurso directo contra reglamentos [art. 28.1 b)], la irrecurribilidad de determinadas categorías de actos [art. 40 b), d) y f)], el principio «solve et repete» [art. 57.2 e)], el régimen del emplazamiento por edictos (art. 64) o las limitaciones a la actuación procesal de los coadyuvantes (art. 95.2). Vid. GARRIDO FALLA, F.: «Preceptos derogados, modificados e inaplicables de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Madrid, 1993, vol. II, pgs. 1077-1092.
8. Aunque en la mayoría de los casos los requisitos procesales a que se refiere esta jurisprudencia habían sido establecidos por el legislador preconstitucional (sobre todo en la LJCA/1956), hay algunos ejemplos en la legislación postconstitucional, como la carga de comunicar a la Administración la interposición del recurso contencioso-administrativo, establecida por el art. 110.3 de la Ley 30/1992 y derogada expresamente por la LJCA/1998 [disp. derog. 2ª, letra d)]. En un ejemplo de la política jurisprudencial que he descrito en el texto, el TC privó prácticamente de toda eficacia a este requisito procesal con una serie de sentencias a partir de la 76/1996 (RTC 1996, 76), pero eludió declarar inconstitucional el art. 110.3. Lo que hizo fue calificar de inconstitucionales aquellas decisiones judiciales que, interpretándolo, considerasen insubsanable dicho requisito procesal. En todos estos casos, el TC interpreta de acuerdo con la CE los preceptos que establecen requisitos procesales o los que disponen la consecuencia jurídica de su inobservancia (que normalmente es la inadmisibilidad de la pretensión). En algunas ocasiones, para llegar a esa interpretación conforme con la CE es preciso apartarse mucho de los criterios hermenéuticos usuales o incluso contradecir abiertamente la «voluntas legislatoris», bien sea porque se reduce enormemente el contenido de la carga procesal, bien porque se la priva prácticamente de efectos al no establecer ninguna consecuencia jurídica relevante para el caso de incumplimiento (que es lo que ocurrió con la comunicación previa del antiguo art. 110.3 LRJ-PAC). Se trata de razonamientos interpretativos que difícilmente va a llevar a cabo un órgano judicial ordinario, aunque está obligado a interpretar las leyes de conformidad con la CE antes de plantear una cuestión de inconstitucionalidad (art. 5.3 LOPJ). Se podría llegar a plantear la duda de si en estos casos no se habrán superado los límites de la técnica de la interpretación conforme con la CE y si no sería más adecuado declarar la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados. En este sentido, vid. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital», en ARAGÓN REYES, M. y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ (Dir.): *La Constitución y la práctica del Derecho*. Pamplona, 1998, vol. I, pgs. 341-360, y antes, con BORRAJO INIESTA, I. y G. FERNÁNDEZ FARRERES: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid, 1995, pgs. 41-43.



administrativo. Si la legislación procesal es conforme con el precepto constitucional que otorga el derecho a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales sólo tendrán que aplicarla, mientras que, por el contrario, una legislación no adecuada a ese derecho fundamental obliga a los Tribunales a realizar interpretaciones «contra legem» o que llevan a la inaplicación «in casu» de sus preceptos, como única forma de evitar la vulneración del derecho fundamental.

## 2. LAS PRETENSIONES DE CONDENA COMO EXIGENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido calificado como un derecho de acceso a los Tribunales<sup>9</sup>. Aplicando las categorías procesales que se han estudiado en el Capítulo II, ello significa que el artículo 24.1 CE se refiere al derecho de *acción*, garantizándolo en todos aquellos casos en que ello sea necesario para obtener la tutela de los derechos e intereses legítimos<sup>10</sup>.

Al ponerse en contacto directo los derechos (e intereses) materiales, con el derecho de acción, se ignora el eslabón intermedio constituido por la *pretensión procesal* en el sentido de GUASP. Para este autor, un mismo derecho puede ser la base de múltiples pretensiones<sup>11</sup>. El concepto de acción es muy genérico y, aunque define el acceso al proceso, no constituye el objeto de éste, que viene definido por la pretensión procesal. Es ésta la que indica qué es lo que el actor pide ante el órgano judicial como tutela concreta de sus derechos e intereses. Este salto por encima del concepto de pretensión está justificado (además de en los precedentes de Derecho comparado) porque se trata de un concepto técnico, impropio de una Constitución. Sin embargo, la conexión real entre los tres conceptos (acción, pretensión y posición jurídica subjetiva material) permite deducir de la CE un mandato al legislador: que el sistema procesal legalmente regulado permita el planteamiento de todas las pretensiones necesarias para obtener la tutela de los derechos e intereses legítimos<sup>12</sup>.

9. Así, ya en las SSTC 9/1981 (RTC 1981, 9), 13/1981 (RTC 1981, 13) y 60/1982 (RTC 1982, 60).
10. Aunque la interpretación básica del art. 24.1 CE está ya fijada por la jurisprudencia del TC y del Tribunal Supremo, conviene tener presente el análisis de los trabajos preparatorios que lleva a cabo Díez-PICAZO, L.: en «Notas», cit.
11. Vid. GUASP, J.: *La pretensión*, cit., pg. 59, nota 60.
12. Como ha dicho el TC en su Sentencia 71/1991, «allá donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, por lo que habrá de admitirse y resolverse la correspondiente acción, al margen de su eventual carácter declarativo» (la resolución judicial impugnada había inadmitido la pretensión por ser declarativa). El derecho a la tutela judicial efectiva obliga al legislador a abrir cauces procesales para la tutela de cualesquiera derechos e intereses, no sólo de los derechos fundamentales (STC 238/1992 [F. 4] [RTC 1992, 238]). Entre nosotros, GONZÁLEZ-VARAS, S. ha expresado esta idea acudiendo al concepto alemán de «necesidad de protección jurídica» (*Rechtsschutzbedürfnis*): «el sistema procesal administrativo ha de ser capaz de resarcir los distintos intereses subjetivos de los particulares» (*Problemas procesales*, cit., pg. 21), al que ya me he referido en la nota 95 del Capítulo II.

Dicho de otra manera, la definición del derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho de acceso a los Tribunales no es una definición completa, pues de nada serviría ese acceso si después el órgano judicial, aplicando una legislación procesal basada en un sistema muy limitado de acciones, no pudiera estimar una pretensión que está materialmente fundada en el Derecho objetivo y cuya estimación es necesaria para tutelar un derecho o interés legítimo del demandante. Lo que exige el artículo 24.1 CE es, por tanto y partir de una sencilla interpretación gramatical del mismo, que la legislación procesal regule todas aquellas pretensiones que sean necesarias para que el particular pueda obtener mediante sentencia todas los pronunciamientos que se adecuen al Derecho objetivo y a la vez sean necesarios para la tutela de sus derechos e intereses<sup>13</sup>. El legislador podrá (e incluso deberá, en virtud de otros principios o derechos constitucionales) establecer requisitos procesales, a cuya observancia quedará condicionada la obtención de la tutela judicial, pero sería incompatible con el artículo 24.1 CE excluir con carácter general la formulación de un tipo determinado de pretensiones cuando sea necesario para obtener la tutela de derechos e intereses legítimos.

De aquí se deriva que las pretensiones de condena son una exigencia del artículo 24.1, puesto que los derechos e intereses de los particulares pueden ser lesionados tanto mediante actos expresos como mediante omisiones o inactividades, y la pretensión de condena es la vía procesal adecuada para obtener una sentencia que ordene al sujeto demandado cumplir el deber jurídico que ha desatendido<sup>14</sup>.

Aquí se puede plantear una objeción. Una vez asumido que la legislación procesal ha de arbitrar vías que permitan al Juez imponer a la Administración el cumpli-

13. No es necesario que la legislación procesal regule expresamente todas esas pretensiones: también es admisible una pretensión general o la remisión supletoria a la legislación procesal civil.

14. En este punto es muy ilustrativa la explicación de BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pgs. 16 y 58, a partir de la interpretación del art. 19.4 GG, que garantiza la tutela judicial frente a las lesiones jurídicas («Rechtsverletzungen»). Para BACHOF, la omisión de un acto también puede constituir una «Rechtsverletzung», y en un Estado de Derecho la única forma de tutelar suficientemente al particular ante esa lesión es la admisión de acciones condena dirigidas contra la Administración y formuladas ante un Tribunal administrativo. En el mismo sentido, LORENZ, D.: *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*. München, 1973, pg. 134. Al definir la lesión de un derecho («Rechtsverletzung»), incluye también la lesión por omisión: «Se lesiona un derecho cuando no se respeta, no se aplica o no se aplica correctamente la norma de la que se deriva el derecho subjetivo del particular». En este sentido, entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 613: «La tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos no puede reducirse a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de unos actos administrativos formales; (...) La acción contencioso-administrativa no podrá justificarse sólo como puramente declarativa (legalidad o ilegalidad del acto impugnado), sino que deberá admitir necesariamente pronunciamientos de condena, a hacer o a no hacer, dirigidos a la Administración, para restituir la integridad de los derechos o intereses del recurrente que se hayan podido violar».

Los autores que han escrito sobre la inactividad administrativa han abundado en esta idea: vid. NIETO, A.: «La inactividad administrativa», cit., pg. 76. Es decir, una vez asumido como deseable o, según los casos, constitucionalmente obligado (sobre ello volveré más adelante en este Capítulo) el control judicial de toda la actividad administrativa, se subraya que las ilegalidades administrativas que hacen necesario ese control pueden producirse también por omi-

miento de sus deberes cuando lo haya solicitado un ciudadano perjudicado en sus derechos o intereses por ese incumplimiento, está claro que las pretensiones de condena constituyen el cauce procesal más adecuado para lograr ese fin, y de hecho son el remedio a que ha acudido siempre el Derecho procesal común para conseguir ese objetivo. Ahora bien: ¿es el único cauce posible o existen otros? Porque, en caso de que se conozcan otros que sean capaces de proporcionar la exigida tutela judicial efectiva, corresponderá al legislador la decisión de optar por uno u otro y las pretensiones de condena ya no serán una exigencia constitucional<sup>15</sup>.

La duda se plantea porque hay sistemas judiciales que no admiten las pretensiones de condena, sino únicamente la impugnación de actos administrativos o de la inactividad, pero en los cuales la Administración está obligada jurídicamente (en virtud de una norma material expresa o de un principio) a adoptar las medidas necesarias para adaptar su conducta a una sentencia que anule el acto impugnado o que declare contraria a derecho la inactividad<sup>16</sup>. No me estoy refiriendo al principio revisor (es decir, a la carga de formular el recurso siempre en relación con un acto o inactividad), puesto que es compatible con la admisión de pretensiones de condena, sino a un sistema procesal como el previsto en los Tratados comunitarios<sup>17</sup>.

sión, lo que hace necesario establecer remedios procesales que no se dirijan exclusivamente contra los actos expresos.

15. La CE exige al legislador que regule un proceso capaz de proporcionar (a través de la actuación judicial) una tutela judicial efectiva. Ello no significa, sin embargo, y so pena de eliminar la necesaria libertad de configuración que corresponde al legislador, que éste deba establecer una regulación procesal que garantice una tutela *óptima* o que pueda parecer *óptima* desde un determinado criterio. Así se ha defendido en Derecho alemán ante un precepto constitucional del todo análogo: vid. H. KRÜGER en M. SACHS (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, cit., art. 19, núm. 139; SCHULZE-FIELTZ, H.: «Comentario al artículo 19.4», en H. DREIER (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, vol. I (arts. 1-19). Heidelberg, 1996, núm. 62. La principal consecuencia de esta tesis es que el legislador ordinario queda capacitado para, siempre que respete el umbral de tutela judicial mínimo garantizado por la GG, configurar la legislación procesal del modo que mejor garantice también otros bienes y derechos constitucionales en juego. Una norma que dificulte el acceso a los Tribunales o a un determinado recurso de las controversias de una determinada cuantía o naturaleza, por ejemplo, puede dificultar la tutela judicial de un ciudadano, pero a la vez puede mejorar la tutela judicial en su conjunto al reducir la carga de los Tribunales y por tanto el tiempo de resolución de los asuntos.
16. Ya no se plantea la posibilidad de limitar a la responsabilidad patrimonial las posibilidades de reacción judicial frente a las inactividades ilegales de la Administración, opción a la que se enfrentó BACHOF O.: en *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pg. 16. Defiende un sistema alternativo como el descrito en el texto HÄNNI, P.: *Die Klage auf Vornahme*, cit., pgs. 249-250, quien sostiene que por medio de una sentencia anulatoria que declare que el acto impugnado es contrario a derecho y que indique en sus fundamentos qué debe hacer la Administración para ajustar a Derecho su conducta, se pueden obtener los mismos resultados que con las pretensiones y Sentencias de condena en sentido estricto del sistema alemán.
17. Otra fórmula intermedia es la que recoge el sistema francés tras las últimas reformas del contencioso-administrativo. No se admiten las pretensiones de condena ni los fallos condenatorios, pero el órgano contencioso puede indicar a la Administración, en la fase de ejecución de sentencia, qué medidas concretas está obligada a adoptar, aplicando en caso de incumplimiento algunos medios indirectos de ejecución forzosa, como las multas coercitivas. Se puede decir que es el punto más cercano posible a las sentencias de condena que se puede alcanzar manteniendo dogmas como la separación de poderes o la prohibición de que los Jueces impongan condenas de hacer a la Administración.  
Respecto al principio revisor, lo que he sostenido en el texto es que ese principio, en sí mismo

En este punto me parece que sigue siendo válido el juicio de O. BACHOF, para quien la interpretación del derecho a la tutela judicial más acorde con el principio de Estado de Derecho supone «la posibilidad de atacar directamente la omisión o la denegación del acto administrativo [se está refiriendo a la ilegalidad por omisión, que es el eje de su trabajo] por medio de una pretensión dirigida frente al Estado y que tenga por objeto la adopción del acto»<sup>18</sup>. La otra opción supone, en términos prácticos, dejar el cumplimiento de la sentencia en manos del demandado (reconociéndole normalmente un margen de elección muy amplio y no siempre necesario o justificado), puesto que si éste no extrae las consecuencias derivadas de la misma el demandante victorioso no podrá acudir al incidente de ejecución de sentencias (o, en general, al proceso previsto para imponer el cumplimiento de las mismas) sino que, todo lo más, podrá volver a iniciar un proceso de cognición, con una pretensión anulatoria o declarativa. Este sistema no es acorde con las exigencias del principio de Estado de Derecho ni aun con la cláusula de libertad y dignidad del artículo 10.1 CE, en la medida en que deja la satisfacción de los derechos e intereses del demandante a la voluntad del demandado (o requiere y da por supuesta, como elemento de cierre necesario para el funcionamiento del sistema, la voluntad de cumplimiento de la Administración), pues lo que estos principios constitucionales reclaman es que cada ciudadano pueda obtener la tutela de sus derechos a través de un proceso judicial, sin que dicha tutela quede condicionada a una vaga apreciación del interés general, que es la forma más benévola de calificar a ese último arbitrio en manos de la Administración consistente en su facultad de decidir si adecua su conducta a las consecuencias de un fallo anulatorio que, en sí mismo, no le dirige ninguna orden jurídicamente vinculante.

Por tanto, el artículo 24.1 CE exige al legislador que establezca un sistema procesal que permita a los ciudadanos formular pretensiones de condena para tutelar las posiciones jurídicas subjetivas a que se refiere este precepto constitucional (derechos e intereses legítimos). Sería inconstitucional una regulación de la justicia administrativa en la que sólo se pudiesen deducir pretensiones anulatorias o declarativas, incluso si otra previsión normativa afirmara a renglón seguido que Administración está obligada a adoptar las medidas necesarias para la efectividad del fallo.

considerado (sin las adherencias derivadas de una interpretación judicial restrictiva) no impide la formulación de pretensiones de condena (como quedaba claro en la LJCA/1956 y también en la actual) y desde este punto de vista no se opone al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esto no quiere decir, lógicamente, que el principio revisor sea necesario en la articulación de un sistema adecuado de justicia administrativa. Por otro lado (y como estudiaré con más detalle en el Capítulo X), el principio revisor, es decir, la carga de poner la pretensión en conocimiento de la Administración antes de la iniciación del proceso para darle la oportunidad de satisfacerla extraprocésalmente, puede ser regulado de distintos modos (obligando a los demandantes a presentar reclamaciones previas o convirtiendo la acción contencioso-administrativa en un recurso dirigido contra un acto administrativo, en relación con el cual se formulen las demás pretensiones), cuyas diferencias también son relevantes para la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva.

18. Vid. BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pg. 16.

### 3. LAS CONSECUENCIAS DE LA MENCIÓN CONSTITUCIONAL A LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y DE LOS INTERESES LEGÍTIMOS

#### a) El proceso como vía de tutela de situaciones jurídicas subjetivas.

Cualquier proceso sirve para la satisfacción o tutela de *pretensiones*<sup>19</sup>. ¿Cómo podemos decir entonces que el proceso o algunos procesos sirven para la tutela judicial de *derechos* o de *intereses*? Las pretensiones se refieren en todo caso a la realización del Derecho objetivo. Lo que se pide al órgano judicial es que éste aplique el Derecho a un caso concreto, estableciendo las consecuencias jurídicas oportunas, «rectius», decidiendo si lo pedido por la parte actora se ajusta a Derecho o carece de fundamento jurídico. Visto todo ello desde el punto de vista subjetivo, la pretensión puede tener por objeto derechos subjetivos del demandante, y en este caso la sentencia sirve para tutelar (indirectamente, a través de la estimación de la pretensión) esos derechos materiales. Pero en la pretensión también puede pedirse la aplicación judicial de normas que no crean derechos subjetivos, como ocurre, por ejemplo, en el proceso penal o en el recurso de inconstitucionalidad. En estos casos, el proceso persigue objetivos de alcance general: la sanción de los delitos (finalidad general en la que se ha subsumido la pretensión reparadora de la víctima) o la depuración del ordenamiento jurídico y la garantía de la superioridad jerárquica de la Constitución. Los demandantes ponen en marcha el proceso en virtud de un derecho subjetivo (arts. 125 y 162 CE, respectivamente), pero no lo hacen *para tutelar* un derecho subjetivo<sup>20</sup>. En otras palabras: su derecho subjetivo

19. En este sentido, GUASP, J.: *La pretensión*, cit., pgs. 44-46.

20. Esta distinción básica se refleja también en la Jurisprudencia constitucional sobre la acción popular, aunque aquí parece que, como A. NIÑO ha dicho a propósito de la presunción de inocencia y el recurso de amparo, «un simple accedente procesal está contribuyendo a la deformación dogmática de las instituciones» (*Derecho administrativo sancionador*. Madrid, 2ª ed., 1994, pg. 380). En la STC 147/1985 (RTC 1985, 147), el recurrente en amparo y querellante en vía penal pretendía ser eximido de la carga legal de prestar fianza, apoyándose para ello en el art. 24.1 CE. En el F. 3, se distingue claramente entre los derechos subjetivos materiales y las posiciones jurídicas de carácter procesal que permiten a los particulares formular pretensiones en vía judicial: «Supuesto implícito de toda esta argumentación es el de que la acción popular que consagra la Constitución (art. 125) y ya con anterioridad a ella, la LECrim (art. 101) es un derecho para el cual el ciudadano puede recabar la «tutela judicial efectiva» que, ahora ya como derecho fundamental, garantiza el art. 24.1 de la CE. Como es obvio, esta reconducción del contenido del art. 125 de la Constitución al enunciado del art. 24 de la Ley Fundamental, mediante la que se intenta buscar para aquél la protección del amparo constitucional, que sólo para los derechos consagrados en los arts. 14 a 30 ha sido instituida, descansa a su vez en una identificación entre el derecho procesal en el que la acción pública o popular consiste con los derechos o intereses de carácter sustantivo para los que (...) se garantiza la tutela judicial efectiva. Esta identificación no es en sí misma rechazable, pero no puede ser aceptada cuando se establece de modo incorrecto y pretende ser utilizada como un instrumento para alterar la configuración legal del derecho mismo que se pretende hacer valer. Puede aceptarse, y ello justifica la admisión a trámite de un recurso constitucional de amparo basado en ese fundamento, que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto, pero en modo alguno puede extraerse de la conexión entre derecho de acción y derecho constitucional la necesidad de configurar aquél de manera distinta (...).» Años después, el encaje constitucional de la acción popular se vuelve a plantear en la STC 241/1992 (RTC 1992, 241), en la que, al objeto de justificar la admisión del recurso de amparo, se

queda satisfecho ya con la iniciación del proceso. La eventual sentencia estimatoria no tutela en estos casos un derecho subjetivo del demandante, sino que establece una determinada consecuencia jurídica (condena penal, declaración de inconstitucionalidad) dando satisfacción a un interés público. En cambio, el contratante que interpone una demanda por incumplimiento contractual lo hace para tutelar su derecho subjetivo de origen contractual, tutela que se obtendrá, en su caso, a través de una sentencia estimatoria, pero no con la simple admisión de la demanda.

¿Cuáles son los nexos que unen las pretensiones y los derechos? La válvula que conecta ambos conceptos es la *legitimación*, entendida como relación con el objeto del litigio que se exige para poder poner en marcha el proceso y obtener un examen del fondo de la pretensión formulada (lo que se corresponde libremente con la definición de GUASP)<sup>21</sup>. Las normas sobre legitimación deciden en qué casos los titulares de un derecho subjetivo pueden exigir procesal o judicialmente su tutela, y además en qué casos un sujeto puede exigir, también judicialmente, el cumplimiento de una norma a pesar de que la misma no le concede un derecho subjetivo sino que regula la actuación de otro sujeto en beneficio de intereses colectivos.

Parece evidente que un derecho subjetivo ha de gozar de tutela judicial. El artículo 24.1 CE parte de ello. En el proceso civil, la forma más normal de legitimación es la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica deducida en el litigio (GUASP), que implica titularidad de derechos u obligaciones<sup>22</sup>.

En los demás casos, nos encontramos con sujetos a los que el Derecho positivo apodera para iniciar procesos a pesar de que ellos no son partes de la relación jurídica litigiosa y por tanto tampoco les afecta personalmente la sentencia estimatoria que se puede dictar (pensemos en un recurso interpuesto en ejercicio de la acción popular por el que se impugna una licencia urbanística), o procesos que ni siquiera se refieren a una relación jurídica, sino a la aplicación o validez de una norma con carácter general (como ocurre en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma). Este apoderamiento es un verdadero derecho subjetivo, de contenido procesal, que no debe quedar oculto o ignorado tras la calificación de la legitimación como simple «requi-

---

simplifica bastante el esquema concesivo de la 147/1985: «se trata ahora de determinar si (...) "entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el deber de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto", cuestión ya resuelta, afirmativamente, en la STC 147/1985, a cuyo fundamento jurídico tercero corresponde la cita que acaba de transcribirse» (F. 2).

21. La legitimación sería, para GUASP, J. [*Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1968 (3ª ed.), vol. I, pg. 185], «la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso».
22. De todas formas, conviene recordar que en Alemania, como explica HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pgs. 1-4, la doctrina clásica entendía que la titularidad de un derecho subjetivo material contra la Administración no habilitaba automáticamente para acudir a los Tribunales y solicitar la tutela de ese derecho, sino que era preciso además que una norma, expresa o tácitamente, otorgara esa habilitación adicional denominada «Klagebefugnis».

sito» procesal. No todo sujeto puede poner en marcha cualquier proceso, sino que sólo puede acceder al proceso quien tiene derecho a ello, y ese derecho de acceso al proceso es un derecho subjetivo en sentido estricto, sin perjuicio de su contenido procesal y de que en muchos casos funcione como simple complemento (necesario) de otro derecho material<sup>23</sup>.

El problema que se plantea en este capítulo es determinar, una vez fundamentado el derecho de acción de los titulares de derechos subjetivos, si esos derechos de acción (de acceso al proceso) que no se derivan de la titularidad de un derecho subjetivo pueden ser concedidos o negados por el legislador sin ningún tipo de vínculo o cortapisa. La cuestión es, por tanto, el alcance del derecho a la tutela judicial concedido por el artículo 24.1 CE a los titulares de *intereses legítimos*, en la medida en que puede obligar al legislador a reconocer a los ciudadanos la facultad de iniciar procesos que controlen la legalidad de la actuación administrativa (de la actuación positiva o de la inactividad, naturalmente) en supuestos en que no tienen derecho a una actuación administrativa concreta. Para ello expondré muy brevemente el Derecho alemán, que constituye el principal modelo alternativo, y a partir de ahí examinaré el sistema español.

#### **b) El derecho público subjetivo como requisito de acceso a la Justicia administrativa en Alemania.**

El artículo 19.4 GG sólo concede el derecho a acudir a la justicia administrativa a los titulares de derechos subjetivos y para la defensa de éstos<sup>24</sup>. El artículo 19.4 ga-

23. Naturalmente son necesarias ciertas matizaciones, especialmente en los casos en que la legitimación se concede a fracciones de un órgano, carentes de personalidad jurídica, para el control de la actuación del órgano del que forman parte (así, la legitimación de 50 diputados o 50 senadores para interponer recursos de inconstitucionalidad), o cuando se otorga a un determinado órgano (el Ministerio Fiscal), pero para la defensa de intereses colectivos.

24. Con ello, la GG optó por el modelo seguido hasta entonces en los «Länder» del Sur de Alemania, frente a la alternativa del modelo prusiano. Como explican HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §14.70 (pg. 273), o HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pgs. 28-32, y entre nosotros ESTEBAN DRAKE, A.: *El derecho público subjetivo*. Madrid, 1981, pgs. 31 y ss., en el sistema de justicia administrativa de Prusia (cuya fundamentación dogmática se debe sobre todo a VON GNEIST) y demás Estados del Norte de Alemania, la principal finalidad de esta institución era el control de la legalidad administrativa, por lo que al demandante sólo se le exigía la invocación de un interés y se aceptaba que los Tribunales administrativos (más administrativos que tribunales) corrigieran también las apreciaciones discrecionales o de oportunidad de los actos administrativos recurridos. En los Estados meridionales, en los que influyó sobre todo la obra de VON SARWEY, la justicia administrativa tuvo desde el principio una orientación subjetiva, de tutela de los derechos subjetivos de los particulares en sentido estricto.

La opción por este modelo meridional se manifiesta ya en las leyes regionales de la postguerra (estudiadas en el Capítulo II, nota 68) y de ahí pasa a la vigente VwGO. De todas formas, no conviene exacerbar la oposición entre los distintos sistemas de justicia administrativa continentales ni ver en ella características nacionales más o menos inmutables, ya que a veces esas diferencias se deben a decisiones coyunturales poco meditadas. El proyecto gubernamental de VwGO (citado también en el Capítulo II, nota 70, y publicado en «Bundestag-Drucksache», I/4278), preveía en sus §§41 y 114 que un simple interés era título suficiente de legitimación para impugnar un acto administrativo, y que, una vez acreditada la concurrencia del mismo en la fase de admisibilidad, el objeto del proceso se reduciría a comprobar la legalidad o ilegalidad del acto impugnado. Los «Länder» se opusieron en el «Bundesrat» alegando simplemente que preferían mantener el modelo anterior (pero sin que se llegara a una discusión de

rantiza la tutela judicial a los titulares de derechos subjetivos, pero no convierte en derechos subjetivos a las posiciones jurídicas que no lo fueran con anterioridad<sup>25</sup>. La invocación de un derecho subjetivo es un requisito procesal cuyo incumplimiento conlleva la inadmisión de la demanda, y para la estimación de ésta es necesario que el demandante sea efectivamente titular del derecho subjetivo invocado y que éste haya sido lesionado por una actuación administrativa ilegal<sup>26</sup>. Está totalmente asen-

fondo sobre sus respectivas ventajas), y el «Bundestag» modificó en este punto el proyecto gubernamental. Vid. SKOURIS, W.: *Verletztentklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozeß. Eine rechtsvergleichende Studie zur Anfechtungslegitimation des Bürgers*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, pgs. 29-30.

25. Esta última es una afirmación enteramente lógica, que podemos encontrar también en la jurisprudencia de nuestro TC. Así, en la Sentencia 147/1985, relativa a un supuesto de ejercicio de acción popular, se lee: «en modo alguno puede extraerse de la conexión entre derecho de acción y derecho constitucional la necesidad de configurar aquél de manera distinta, como no puede hacerse derivar del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos la necesidad de alterar la configuración legal de éstos» ([F. 3], la cursiva es mía). Las consecuencias son distintas en ambos ordenamientos, pues el art. 24.1 CE incluye a los intereses legítimos junto a los derechos subjetivos. Parece manifestarse en contra ALONSO GARCÍA, E.: en «El artículo 24.1», cit., pg. 1008, al decir que «[e]l artículo 24 no sólo garantiza el acceso al juez para la resolución de los conflictos jurídicos y la tutela de intereses legítimos, sino que también sirve como vehículo definidor de qué derechos subjetivos e intereses legítimos deben tener acceso al juez» (la cursiva es mía).

Es una idea universalmente aceptada en la doctrina alemana: vid., entre las obras generales más autorizadas, PAPIER, H.-J.: «Rechtsschutzgarantie», cit., §54.42 (pg. 1252). Inmediatamente después de la aprobación de la GG, algunos autores (con F. KLEIN a la cabeza) sostuvieron que, aunque el art. 19.4 utiliza un concepto preexistente de derecho subjetivo y no lo modifica, sí obliga a abrir la Jurisdicción Administrativa a todos los afectados por la actuación administrativa, es decir, también a los titulares de simples «reflejos». Esta teoría fue abandonada poco después: vid. JELLINEK, W.: «Das Reflexrecht im öffentlichen Recht», *Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift*, 4 (1952), pgs. 81-83; SCHEUNER, U.: «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland», en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*. Karlsruhe, 1960, vol. II, pgs. 229-262 (pg. 255), donde se pregunta si el concepto de derecho público subjetivo no deberá ser sustituido por el de interés protegido; FORSTHOFF, E.: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil* (único). München, 1973 (10ª ed.), pgs. 188-190 (hay una traducción española de la 5ª ed. alemana, de 1955, a cargo de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez-Ortega y Junge).

26. El derecho subjetivo es un presupuesto procesal y de fondo, y es necesario distinguir estos dos planos, que no se reducen únicamente a la legitimación. Por un lado, dado el carácter subjetivo del sistema alemán de justicia administrativa, sólo puede obtener una sentencia estimatoria quien haya sufrido una lesión en un derecho subjetivo («Rechtsverletzung»). Para que se estime la pretensión (anulatoria o de condena, la que el demandante haya formulado), no basta con que la Administración haya actuado ilegalmente, sino que es necesario que esa actuación ilegal haya lesionado un derecho subjetivo del demandante. Se trata, como he dicho, de un presupuesto de fondo, que determina la estimación o desestimación de la pretensión (en la terminología alemana, «Begründetheit»).

Pero es que, además, para que se acceda al examen del fondo del asunto, es decir, para que la acción sea admitida, es necesario que el demandante invoque en la demanda, con un mínimo de plausibilidad, que ha sufrido una lesión en sus derechos subjetivos. No tendría sentido verificar detenidamente si la Administración ha actuado conforme a Derecho, si desde el principio está claro que, aunque sea cierta la ilegalidad alegada en la demanda, la misma no ha podido lesionar ningún derecho del demandante. Sobre estos conceptos básicos, vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pgs. 159 y ss. y 440 y ss.; BETTERMANN, K. A.: «Klagebefugnis und Aktivlegitimation», trabajo publicado en 1963 y recogido ahora en *Staatsrecht-Verfahrensrecht-Zivilrecht. Schriften aus vier Jahrzehnten*, editado por MARTEN, D., H.-J. PAPIER, K. SCHMIDT y A. ZEUNER: Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, pgs. 671-697. Por tanto, la invocación («geltend machen») de un derecho subjetivo es un requisito procesal o de admisibilidad («Zulässigkeit»), denominado legitimación o «Klagebefugnis». Como este examen previo tiene como principal



tada en el Derecho alemán la idea de que esta regla impide que la jurisdicción administrativa quede convertida en un sistema de control objetivo de la legalidad de la actuación administrativa<sup>27</sup>. La exigencia de un derecho público subjetivo se ve así como la alternativa a la acción popular («Popularklage»), en la que los autores alemanes no ven, como es frecuente entre nosotros, el grado máximo del acceso de los particulares (a los que se convertiría de este modo en verdaderos ciudadanos) al control de la actividad administrativa, sino, al contrario, la reducción de esos particulares a simples denunciantes, mínimas palancas que ponen en marcha la máquina del control administrativo en beneficio del interés estatal en el buen funcionamiento de la Administración: la acción popular como obstáculo al pleno reconocimiento de la dignidad y libertad de los ciudadanos, por tanto<sup>28</sup>.

función reducir el trabajo de los Tribunales pero a la vez les obliga a llevar a cabo una labor no pequeña, se ha propuesto por algunos autores su eliminación: vid. EHLERS, D.: «Die Klagebefugnis nach deutschem, europäischem Gemeinschafts- und U.S.-amerikanischen Recht», *VerwArch*, 84 (1993), pgs. 139-177 (pgs. 172-173).

En la doctrina española, ha expuesto este mecanismo GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pgs. 96 y ss. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 606, lo han empleado para explicar la función del interés legítimo en nuestro Derecho.

En el sistema alemán de justicia administrativa este esquema se adapta a casi todas las acciones, pero hay algunas excepciones. Así, en el caso de las pretensiones declarativas lo que se exige al demandado es un interés jurídicamente fundado («ein berechtigtes Interesse») en la declaración que solicita al Tribunal (§43 VwGO). La exigencia de este presupuesto subjetivo se deriva de la propia esencia de la acción declarativa y está recogida también en el proceso civil (§256 de la «Zivilprozeßordnung»). Entre nosotros, vid. GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, cit., vol. I, pg. 223. La otra excepción clásica era el recurso directo contra reglamentos («Normenkontrollverfahren»), para el cual el §47.2 VwGO exigía sólo acreditar un interés, con la finalidad de facilitar así la interposición del recurso y la depuración del ordenamiento. Sin embargo, la Ley de 1 de noviembre de 1996 ha pasado a exigir aquí un derecho subjetivo. Sobre esta reforma y sobre el sentido de la regulación anterior, vid. SCHENKE, W.-R.: «Reform» ohne Ende», cit.

27. Como explica BETTERMANN, K. A.: «Klagebefugnis und Aktivlegitimation», cit., pg. 673, para que la justicia administrativa no quede reducida a un sistema objetivo de control jurídico de la actividad administrativa, no basta con exigir al recurrente un interés personal en el asunto como requisito de admisibilidad, sino que es necesario que esa relación personal con el objeto del proceso se manifieste también en el examen del fondo, de modo que sólo se estime la demanda y se anule el acto impugnado (el trabajo de BETTERMANN se refiere sólo a las pretensiones de anulación) cuando ese acto lesione derechos del demandante y por tanto éste tenga derecho a obtener su anulación.

28. En este sentido, HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pgs. 141 y ss. Para EHLERS, D.: «Die Klagebefugnis», cit., pgs. 140-141, la exigencia de un derecho subjetivo para acudir a la jurisdicción administrativa pretende excluir tanto la acción popular como el acceso de simples interesados, a fin de evitar que la justicia administrativa se convierta en un sistema de control objetivo (pgs. 170-171). Algunos autores alemanes tienden a confundir, como acabamos de ver, la legitimación por interés (la que se recoge en el Derecho español) con la acción popular, o al menos a pensar que si sólo se exige al recurrente estar interesado en el asunto, el sistema de justicia administrativa ha de ser necesariamente objetivo. Sí distinguen correctamente ambas nociones BETTERMANN, K. A.: «Klagebefugnis und Aktivlegitimation», cit., pg. 679, o SKOURIS, W.: *Verletztensklagen und Interessentenklagen*, cit., pgs. 140-142, para quienes un ordenamiento que rechaza la acción popular tiene dos opciones a la hora de regular la legitimación: exigir la invocación de un derecho subjetivo que haya sido lesionado por el acto o bien exigir simplemente al demandante que esté interesado, es decir, que el acto impugnado afecte a su esfera de intereses.

Poco después de la aprobación de la GG, durante la preparación de la VwGO, se produjo una cierta polémica acerca de la función (objetiva o subjetiva) de la jurisdicción administrativa, en especial cuando resuelve sobre pretensiones de impugnación de actos administrativos, que es el caso que puede dar lugar a mayores dudas. La tesis objetiva fue defendida por NIESE, W.:

Dado el papel central del derecho subjetivo en este sistema, es fundamental delimitar con precisión este concepto. Los derechos subjetivos no son sólo los de crédito que se corresponden con obligaciones impuestas expresamente a la Administración en beneficio de un particular, como las de pagar sus haberes a los funcionarios, el precio pactado a los contratistas o la indemnización debida a quienes hayan sufrido un daño del que sea responsable la Administración. Pero tampoco basta, para que se reconozca ese derecho subjetivo, que la ilegalidad cometida por la Administración perjudique o afecte a los intereses del particular. Para que se reconozca la titularidad de un derecho subjetivo es preciso que la norma cuya infracción se imputa a la Administración y que sería la base de la demanda contencioso-administrativa, tenga como función la de tutelar los intereses de ese particular, ya sea de modo exclusivo o en concurrencia con la tutela de otro interés, público o particular<sup>29</sup>. En caso contrario, es decir, cuando el particular se vea perju-

«Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß», *JZ*, 7 (1952), pg. 353-358, si bien este autor (contra lo que puede imaginar un lector español a la vista de los términos de la discusión) no pretendía limitar los poderes del juez, sino únicamente extraer determinadas conclusiones sobre el alcance del efecto de cosa juzgada de las Sentencias estimatorias y sobre la naturaleza jurídica de los requisitos de legitimación. La tesis contraria, asumida totalmente por el legislador y vigente hasta hoy, es la defendida por BETTERMANN, K. A.: «Wesen und Streitgegenstand», cit., para quien la inclusión de la tutela judicial entre los derechos fundamentales en la GG implica al garantizar la tutela judicial en el art. 19.4, dentro del capítulo relativo a los derechos fundamentales, así como la propia cláusula de Estado de Derecho, significan que la función que corresponde a la justicia administrativa es la de defender los derechos de los ciudadanos sólo si éstos lo piden y en la medida en que lo hagan (pgs. 163-164).

Otro argumento en contra de la acción popular o de una apertura excesiva del sistema de justicia administrativa es la seguridad jurídica, como afirma BÜHLER, O.: en «Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte», en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (1885-1955)*. München, 1955, pgs. 269-286 (pg. 283) y desarrollan BETTERMANN: en «Über die Legitimation zur Anfechtung von Verwaltungsakten», trabajo publicado en 1972 y recogido ahora en *Staatsrecht-Verfahrensrecht-Zivilrecht. Schriften aus vier Jahrzehnten*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, pgs. 718-736 (pg. 721), o SKOURIS, W.: op. cit., pgs. 8-9. Estos autores se centran en los recursos dirigidos a la impugnación de actos administrativos en sentido estricto (pretensiones meramente anulatorias) y dicen que, si se reconociera legitimación para impugnar el acto, no sólo a su destinatario (a quien se le ha notificado), sino a múltiples terceros simplemente afectados por él y que por lo tanto no han recibido una notificación oficial del mismo, el plazo de impugnación permanecería abierto durante un período demasiado largo e indefinido de tiempo, lo que impide que se cumpla la función característica del acto administrativo, es decir, establecer con cierta fijeza el contenido de una relación jurídica, una vez transcurrido un breve plazo de impugnación. Para KREBS, W.: «Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle», *Festschrift Menger*, pgs. 191-210, la limitación de la intervención judicial a la tutela de derechos subjetivos es un contrapeso a la cláusula general y evita una intervención desmesurada y excesiva de los Tribunales en la actuación administrativa (pg. 194).

Al eliminar la acción popular se pretende también evitar la politización de la justicia, es decir, que cualquier opositor a una medida administrativa utilice a los Tribunales para intentar dejarla sin efecto, lo que llevaría a discutir la legalidad de los actos administrativos por simples cuestiones de oportunidad y podría empujar a los Tribunales a mezclarse en la definición del interés general, como dice HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §14.72-73.

29. Es lo que se conoce como «Schutznormtheorie», es decir, teoría que considera que el dato decisivo para verificar si una posición jurídica subjetiva determinada es o no un derecho subjetivo, es que se pueda identificar una norma que la tutele («Schutznorm»). Vid., en este sentido, PAPIER, H.-J.: «Rechtsschutzgarantie», cit., §54.41 (pg. 1251); BETTERMANN, K. A.: «Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit», en BETTERMANN, K. A., H. C. NIPPERDEY y U. SCHEUNER: *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. III/2

dicado por el incumplimiento de una norma pero esa norma no haya pretendido tutelar sus intereses sino, en el supuesto más normal, proteger exclusivamente los intereses públicos, el particular sólo tendrá un interés no tutelado jurídicamente, es decir, un interés beneficiado fácticamente como «reflejo de Derecho» («Rechtsreflex»), posición que no le legitima para acudir a la jurisdicción administrativa en reacción contra esa ilegalidad administrativa<sup>30</sup>.

Esta tesis, que es una adaptación de la que Ottmann BÜHLER formuló en 1914, sigue ajustándose sustancialmente a la realidad jurídica alemana<sup>31</sup>. Es cierto que desde la aprobación de la GG el derecho a la tutela judicial de los derechos subjeti-

(«Rechtspflege und Grundrechtsschutz»). Berlín, 1959, pgs. 779 y ss., pg. 785; SCHERZBERG, A.: «Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts», *DVBJ*, 103 (1988), pgs. 129-134; y entre nosotros MONTORO CHINER, M<sup>a</sup> J.: «La inactividad administrativa», cit., pg. 328.

30. Sobre el origen de esta distinción conceptual, vid. por todos la exposición de JELLINEK, W.: «Das Reflexrecht», cit. Las referencias básicas son Von IHERING, R.: *Geist des römischen Rechts*, vol. III-1, reimpr. Darmstadt, 1954, pgs. 327 y ss.; THON, A.: *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Weimar, 1878, pgs. 140-143, y JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen, 1905 (2<sup>a</sup> ed.), pgs. 57 y ss. La misma distinción entre derechos subjetivos y reflejos en la doctrina moderna: HENKE, W.: «Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht», art. de 1974 recogido ahora en *Ausgewählte Aufsätze*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1994, pgs. 23-40, pg. 36. Sobre la evolución histórica del concepto de Derecho público subjetivo, vid. BAUER, H.: *Geschichtliche Grundlagen vom subjektiven öffentlichen Recht*. Berlín, 1986.

31. Vid. su obra capital *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*. Berlin-Stuttgart-Leipzig, 1914, en especial pgs. 9-60, donde se formula la teoría general. Para que surja un derecho público subjetivo son necesarios, según este autor, tres requisitos. En primer lugar, que una norma imperativa imponga un deber a la Administración (pg. 21), lo que excluye (en la línea de la Ley Santamaría de Paredes) que las normas discrecionales puedan fundar derechos subjetivos de los particulares. En segundo lugar, que esa norma imperativa, al imponer un deber a la Administración, no persiga únicamente la satisfacción de un interés público, sino también la tutela de un interés de ese particular (pg. 42). Por último, es necesario que de esa norma o de su contexto se deduzca que a ese particular se le ha concedido un poder jurídico («Rechtsmacht») que le faculta para exigir el cumplimiento de la norma y por tanto la satisfacción de su interés precisamente en sede judicial (pg. 47). En caso contrario, para la tutela jurídica de ese interés, el particular dispondría de otros instrumentos (control administrativo interno, etc.), pero no del judicial. En su trabajo «Altes und Neues», cit., BÜHLER revisa la evolución del concepto en la jurisprudencia, que había sido también la base de su primera elaboración en 1914. Constata cómo los Tribunales tienden a reconocer como derechos subjetivos determinadas posiciones jurídicas que antes eran consideradas simples reflejos (pg. 283), pero en definitiva el criterio decisivo sigue siendo el mismo, es decir, si la norma que el demandante entiende que se ha vulnerado tutela también sus intereses particulares o sólo intereses públicos (pgs. 280-281).

La teoría de BÜHLER, una vez corregida, sigue siendo el bastidor de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias. La primera corrección (fundamentalmente a cargo de BACHOF) opera sobre el concepto de norma imperativa. Se trata de reconocer como imperativas a las normas y principios que limitan el ejercicio de la discrecionalidad (es decir, a lo que entre nosotros se suele denominar técnicas de control de la discrecionalidad), de tal modo que, si bien las normas discrecionales, precisamente por serlo, no pueden otorgar a un particular el derecho a que la Administración dicte una concreta resolución, sí pueden otorgarle el derecho (si se cumplen los demás requisitos) a que la Administración ejerza esa potestad con arreglo a Derecho. En segundo lugar, se ha dado por desaparecido el requisito del poder jurídico o «Rechtsmacht», o se lo ha considerado subsumido en el derecho a la tutela judicial (art. 19.4 GG) o en el principio de Estado de Derecho o en el respeto a la dignidad humana (arts. 1.1 y 20.1 GG). Lo que se discute actualmente ante cada norma de Derecho público es si tutela los intereses de un determinado sujeto (otorgándole por tanto un derecho subjetivo) o protege sólo los intereses públicos o los de otro particular. Una buena explicación de esta evolución doctrinal en las primeras páginas de HENKE, W.: *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., así como en ESTEBAN DRAKE, A.: *El derecho público subjetivo*, cit., pgs. 42 y ss.

vos está garantizado sin necesidad de que otra norma lo reconozca expresamente, y también lo es que se ha defendido, a partir de los principios de Estado de Derecho y de dignidad humana, la presunción de que todos los intereses favorecidos por la aplicación de una norma son intereses jurídicamente protegidos (BACHOF), y a partir de los distintos derechos fundamentales se ha pasado a ver una finalidad de tutela de intereses particulares en normas que antes se consideraban únicamente dirigidas a la protección de los intereses públicos<sup>32</sup>. Además se han formu-

32. Por lo que se refiere a BACHOF, el trabajo principal en esta materia es «Reflexwirkungen und subjektive Rechte», cit.: «la cuestión central sigue siendo saber *qué condiciones deben darse para que el efecto favorable de la aplicación de una norma de Derecho público conlleve ese “poder jurídico” o “poder de la voluntad”, que es lo que convierte ese efecto favorable en un derecho subjetivo*» (pg. 294). Ese presupuesto consiste en «que una norma jurídica tenga como finalidad la satisfacción de *intereses individuales*» (pg. 296). Frente a la tesis inicial de BÜHLER, BACHOF dice que hay que atender al sistema de valores del momento en que se hace esa interpretación, y no necesariamente al del momento de aprobación de la norma (pg. 297). Un buen ejemplo es el cambio en el «Fürsorgerecht» o derecho regulador de la previsión y las ayudas sociales. Las mismas prestaciones eran consideradas inicialmente simples instrumentos para mantener el orden, y pasaron después a considerarse establecidas en beneficio de sus destinatarios (pg. 297). En esa interpretación es decisiva la Constitución, especialmente si subraya el valor central del hombre como lo hace la GG. De ahí se extrae un criterio interpretativo: en la duda, todo interés favorecido por la aplicación de una norma y que se considere, a la vista de ese sistema de valores, como digno de protección («schützwürdig»), ha de considerarse protegido (pg. 296). Lo que me interesa destacar es que la mayor o menor amplitud del criterio utilizado para definir el derecho subjetivo no exime de tener que comprobar en cada caso si la norma cuya aplicación favorece a un particular ha pretendido tutelar sus intereses o sólo le favorece de modo reflejo, *test* que en nuestro Derecho *no es necesario realizar nunca* y que constituye la principal diferencia entre nuestro concepto de interés legítimo y el alemán de derecho público subjetivo. En «Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht», cit., vol. I, pg. 221, dirá que, a pesar de la fórmula propuesta, «es necesario investigar si la norma de que se trate en cada caso está destinada a la tutela de intereses individuales, para lo que basta cuando, junto al interés general, proteja también intereses individuales». También es indicativa la exposición que hace del tema en el manual «Verwaltungsrecht I», del que era coautor junto a H. J. WOLFF, en la 9ª ed. (München, 1974), que fue la última redactada directamente por ellos. En las pgs. 321-323 [§43.I b)] se explica la diferencia entre derechos subjetivos y reflejos de derecho y la necesidad de atender a la finalidad de cada norma.
- En cuanto a los derechos fundamentales, operan en un doble sentido. En primer lugar, determinadas normas legales que la interpretación tradicional entendía como garantías exclusivas de un interés público (y por tanto no idóneas para conceder derechos subjetivos a los particulares), pasan a interpretarse en relación con un derecho fundamental, como normas que garantizan la eficacia de ese derecho. De ahí se deriva que si un acto administrativo vulnera una de esas normas, el titular del derecho fundamental que resulta lesionado de forma mediata tiene legitimación para impugnar el acto. En segundo lugar, se ha construido a través de la teoría de los «status» (RUPP, a quien me referiré en la nota siguiente) y con base en el derecho general de libertad o derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) un derecho a no ser afectado por actos ilegales, que da lugar a una pretensión reaccional («Abwehranspruch») dirigida a la anulación de esos actos. (Aquí se encuentra uno de los apoyos de la doctrina del derecho subjetivo reaccional de E. GARCÍA DE ENTERRÍA). Sobre esta construcción basada en el art. 2.1 GG, vid. el claro trabajo de ZULEEG, M.: «Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?», cit. Como el artículo explica, esta tesis permite reconocer de forma más amplia la legitimación de los terceros perjudicados por un acto favorable para impugnarlo, pero no priva de sentido («Daseinsberechtigung») a la distinción entre derechos e intereses en cuanto a las pretensiones de condena. De hecho, la jurisprudencia no ha seguido completamente esta propuesta doctrinal y sigue fijándose en la finalidad de la norma aplicable también en las pretensiones impugnatorias (como explico en una nota posterior dedicada a la jurisprudencia). Sobre la importancia de los derechos fundamentales en la calificación de una determinada situación jurídica favorable como derecho subjetivo, vid. BAUER, H.: *Geschichtliche Grundlagen*, cit., pgs. 167 y ss.

lado teorías que pretenden reconstruir el concepto de derecho público subjetivo (RUPP, HENKE, LORENZ)<sup>33</sup>. Pero la distinción entre derechos subjetivos y meros refle-

33. La tesis de H. H. RUPP se expone fundamentalmente en sus *Grundfragen*, cit. Su construcción se basa en la idea de «status negativus» (procedente de G. JELLINEK) y en el derecho reaccional como instrumento para su defensa frente a actuaciones administrativas ilegales. El principio de legalidad no sólo consiste en un deber *objetivo* de la Administración de respetar las normas, sino que es un principio que intenta tutelar la libertad de los particulares. Cuando se incumple ese principio, se lesiona jurídicamente al particular y entran en juego pretensiones o remedios reaccionales de éste. Pero eso sólo vale para las pretensiones reactivas contra «Eingriffe» o ataques de la Administración sobre la esfera jurídica del ciudadano. En cambio, los derechos de los particulares a determinadas prestaciones administrativas (que son los que fundamentan la formulación de pretensiones de condena) requieren una previa relación jurídica del tipo derecho/obligación (como la que se da entre la Administración y un funcionario respecto a las retribuciones de éste) y no tienen carácter reaccional (pgs. 262-265), por lo que no se darán cuando lo que exige el particular es que la Administración ejerza una de sus potestades (que le han sido otorgadas para la defensa del interés público y no para satisfacer derechos de los particulares) invocando simplemente que ese ejercicio favorece sus intereses (como es el caso de un vecino que pide a la Administración que haga cumplir la normativa sobre ruidos a un determinado establecimiento). No basta, para RUPP, con que una obligación administrativa favorezca a un particular para que éste tenga derecho a exigir su cumplimiento: es necesaria una «individualización» de esa norma, que, como en la teoría clásica, se apoya en las presunciones y en los intereses concretos que pretenda tutelar la norma de que se trate (pgs. 267 y 272).

La teoría de W. HENKE es muy atractiva por el planteamiento histórico y dogmático en que se apoya, aunque igualmente irrelevante a la hora de distinguir entre derechos y reflejos, como él mismo reconoce en «Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts», *DÖV*, 3 (1980), pgs. 621-633 (pg. 621). Expone su tesis en *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., y la revisa levemente en «Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht», cit., art. de 1974. HENKE es totalmente contrario a la idea del derecho reaccional o de utilizar la libertad como un derecho o como la base para la impugnación de cualesquiera actos ilegales. Le parece contradictorio equiparar a efectos de legitimación derechos concretos (el de un funcionario, un contratista, etc.) y esa libertad genérica (o sus derivados como la pretensión dirigida contra cualquier acto ilegal que lesione esa libertad). Lo que distingue su tesis de la tradicional es la idea de que cualquier norma que regule los «asuntos propios» («eigene Angelegenheiten») de un ciudadano le apodera para acudir ante los Tribunales contra cualquier actuación administrativa que incumpla esa norma. Aplicado esto a las pretensiones de condena (*Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pg. 117), «esto significa que también aquí la Ley que ordena a la Administración que dicte un acto, interpretada conforme al Estado de Derecho, concede al ciudadano el derecho a ese acto administrativo cuando la denegación le afecte en sus propios asuntos». A renglón seguido vuelve la necesidad de atender al interés concreto perseguido por cada norma: «También para determinar si se da este derecho a la producción de un acto administrativo hay que verificar (...) si la Ley que ordena el dictado del acto tiene por finalidad tutelar los intereses individuales del demandante» (pg. 117).

En cuanto a D. LORENZ y su obra *Der Rechtsschutz*, cit., de 1973, realiza un planteamiento original que parece ampliar mucho el ámbito de los derechos subjetivos, pero después acaba volviendo al criterio de la finalidad de cada una de las normas que imponen obligaciones a la Administración, y a la libertad (limitada) del legislador para regular esas obligaciones concediendo derechos subjetivos o prescindiendo de ello. El punto de partida es que el principio de Estado de Derecho no sólo impide que haya poderes superiores al Derecho, sino que viene a exigir que todas las relaciones entre el Estado y el ciudadano estén sometidas al Derecho (juridificación o «Verrechtlichung», concepto capital del libro) y por tanto el particular pueda llevar ante los Tribunales las ilegalidades que se produzcan (pg. 7). Se atribuye un significado especial al art. 19.4 GG (pg. 12), superior al que le reconoce el resto de la doctrina: no es una norma que simplemente garantice la tutela de los derechos subjetivos (cualesquiera que éstos sean), sino que impone ella misma (interpretada desde el Estado de Derecho) la juridificación (en el sentido de reconocimiento de derechos subjetivos) de todas las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos. La dignidad del hombre, el contenido material del Estado de Derecho, impiden aceptar que el ciudadano esté a merced del Estado, es decir, que tenga que aceptar que éste cumpla o no el Derecho en aquello que le afecta personalmente, sin tener medios jurídicos que le permitan imponerle ese cumplimiento (pgs. 50-52). Pero a la hora de

jos o intereses no protegidos sigue estando vigente en la legislación, en la doctrina y en la Jurisprudencia alemanas<sup>34</sup>. Se sigue exigiendo que la norma vulnerada por la Administración tenga como misión proteger los intereses del demandante y por lo tanto hay que discutir cuál es la finalidad perseguida por las normas aplicables<sup>35</sup>

saber cuándo una norma afecta personalmente al ciudadano, vuelven las limitaciones y la clara diferencia respecto a la construcción española del interés legítimo: no basta con que se afecten los intereses del particular (pg. 60). Exige que el interés afectado haya sido directamente protegido por una norma (pg. 70) o declarado digno de tutela (típica intervención de normas constitucionales, pgs. 63 y 69). En la pg. 66 reconoce que, una vez cubierto el mínimo exigido por la Constitución, el otorgamiento de derechos públicos subjetivos es una prerrogativa del legislador. LORENZ es contrario a la teoría del derecho reaccional (pg. 53) porque le parece que da una imagen negativa del derecho subjetivo, al surgir sólo cuando es lesionado.

34. La idea del derecho público subjetivo está, pues, totalmente arraigada en el Derecho público alemán, por imposición normativa en unos casos y a pesar de ella en otros. Ya he indicado en el Capítulo II, nota 74, que la reforma de 1996 de la VwGO ha extendido la exigencia de derechos subjetivos también a un campo en el que estaba excluida, el recurso directo contra reglamentos. En el mismo sentido, ZULEEG, M.: «Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?», cit., pgs. 509-510, explica cómo la Jurisprudencia Social (que conoce de los asuntos de Seguridad Social y a su vez es distinta de la Jurisdicción Laboral) ha interpretado siempre el §54.2 de su Ley Jurisdiccional (requisitos de legitimación para el ejercicio de acciones de impugnación de actos administrativos) en el sentido de exigir un derecho subjetivo, aunque su tenor literal sólo habla de que el demandante tiene que haber sufrido un «gravamen» a consecuencia de un acto u omisión administrativa.

Como exponen BERNHARDT, R.: «Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte», JZ, 18 (1963), pgs. 302-308, y HENKE, W.: en «Das subjektive Recht», cit., pg. 621, la titularidad de un derecho subjetivo convierte en problemático el acceso a la justicia administrativa sobre todo en dos situaciones. En primer lugar, las pretensiones anulatorias contra actos administrativos favorables deducidas por terceros perjudicados por el acto: competidores perjudicados por una subvención, vecinos afectados por la licencia otorgada para el ejercicio de una actividad clasificada o la construcción de un edificio, etc. En segundo lugar, las pretensiones de condena con las que no se busca obligar a la Administración a realizar una determinada prestación legalmente prevista en favor del demandante (pago de una pensión, sueldo, contraprestación contractual, subvención ya otorgada, etc.), sino obligarla a intervenir en ejercicio de sus potestades en un asunto del que pueden derivarse beneficios para el demandante (por ejemplo, ejerciendo sus potestades de disciplina urbanística contra una construcción ilegal que perjudica al demandante). En este último campo, los principales problemas se plantean en el Derecho urbanístico y en todas aquellas potestades administrativas de inspección, intervención y sanción para hacer respetar un conjunto de normas que protegen un aspecto del orden público (actividad de policía).

Respecto a la impugnación de actos de gravamen por sus destinatarios («Adressaten»), se considera que éstos están legitimados en todo caso para tal impugnación, ya sea porque la norma presuntamente vulnerada por la Administración al dictar el acto les otorga un derecho público subjetivo o, en su defecto, en aplicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG). Vid. ZULEEG, M.: «Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?», cit., pg. 510; SCHENKE, W.-R.: «Comentario al art. 19.4 de la GG» en el *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, núm. 292. Las leyes sobre la justicia administrativa de la zona de ocupación norteamericana (menos la Ley bávara) recogían de alguna manera esta teoría, al decir que para la pretensión anulatoria («Anfechtungsklage») están legitimados los lesionados en sus derechos subjetivos y aquellos a quienes se impone una carga ilegal, como explica y critica JELLINEK, W.: en «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone», cit., pg. 272. BERNHARDT, R. (op. cit., pg. 307) es partidario de aplicar a la impugnación de actos administrativos por terceros los mismos criterios que rigen para el destinatario del acto, exigiéndole únicamente que el acto afecte a intereses personales dignos de tutela; esta teoría, sin embargo, no ha sido aceptada y se sigue exigiendo, como hemos visto, que la norma presuntamente vulnerada por el acto que el tercero pretende impugnar, tenga como función precisamente la tutela de los intereses de ese tercero.

35. En este sentido, MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., §8.9 (pg. 153); ERICHSEN, H.-U. en MAURER, H. (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pgs. 243 y ss.; REDEKER, K. y H. J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §42.102 (pg. 203).

Y esta peculiaridad del Derecho alemán no es un artificio teórico sin consecuencias, sino que ha provocado diversos procesos ante el TJCE por una defectuosa transposición de directivas en los últimos años, sobre todo en materia de contratos públicos<sup>36</sup>.

Esto significa que el legislador alemán dispone de un todavía amplio margen de discrecionalidad que le permite regular jurídicamente una materia e imponer un determinado modo de actuar a la Administración, pero a la vez impedir que los particulares interesados puedan utilizar esas normas para llevar a la Administración a los Tribunales, bastándole para ello con dejar implícito o bien declarar expresamente que esas normas sólo tienen como finalidad la defensa de un interés público y no otorgan derechos subjetivos a los particulares<sup>37</sup>. En ese caso, las normas aprobadas no perderán su carácter obligatorio y vinculante, pero su incumplimiento no podrá ser sancionado judicialmente, puesto que la función de los Tribunales es proteger los derechos de los particulares (aquí ausentes) y no controlar la legalidad de la actuación administrativa.

Además, el hecho de que una determinada actuación administrativa pueda haber vulnerado una norma que otorga a un particular un derecho subjetivo legítima a ese sujeto para obtener del órgano judicial un pronunciamiento sobre el cumplimiento de esa norma, pero no sobre la legalidad de la actuación administrativa impugnada en su conjunto: puede ocurrir que se reconozca que ese acto ha vulnerado una determinada norma, pero a la vez que, como esa norma no protege

---

Entre nosotros han dado cuenta de esta institución los autores que han estudiado el sistema alemán de justicia administrativa. Así, GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pgs. 94-96. También BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)», en la obra colectiva coordinada por él, *La justicia administrativa en el Derecho comparado*. Madrid, 1993, pgs. 135-206. En la pg. 163 explica: «hay que advertir que el reconocimiento de un interés jurídico no se obtiene por vía fortuita o accidental. Los simples reflejos de signo favorable que irradian de las normas no legitiman, por sí mismos, para invocar la tutela judicial. Por el contrario, las situaciones de ventaja que las normas, aunque en forma indirecta, atribuyan inconscientemente a los ciudadanos caen bajo la protección del derecho a la tutela judicial (por ejemplo, cuando la norma, sin otorgar derecho alguno, obliga a la Administración a llevar a cabo determinada actividad prestacional en favor del ciudadano)». A continuación se explica el funcionamiento de la «Schutznormtheorie». Por ello no parece lógico decir anteriormente (pg. 163) que el concepto de derecho subjetivo «comprende no sólo los derechos subjetivos en sentido estricto (sean fundamentales o no, tengan carácter jurídico-privado o público, y cualquiera que sea su origen, constitucional, legal o convencional), sino además los intereses legítimos» (pg. 163; la cursiva es mía).

36. Sobre este punto, vid. supra el Capítulo III, texto y nota 76.

37. Esto es justamente lo que venía ocurriendo hasta ahora en materia contractual. El sistema de selección de contratistas estaba regulado en términos similares a los del Derecho español. Ahora bien: para evitar que la interposición de recursos (con efecto suspensivo) por los aspirantes no seleccionados paralizase la ejecución de las obras, las leyes aplicables afirmaban que esa regulación sólo protegía el interés público (es decir, la mejor gestión de los fondos públicos), lo que privaba a los perjudicados por su incumplimiento de la posibilidad de acudir a los Tribunales. Sobre la justificación de esa discrecionalidad del legislador en G. JELLINEK, vid. A. ESTEBAN DRAKE: *El derecho público subjetivo*, cit., pgs. 120 y ss. En el Derecho vigente sigue siendo general la mención a esa libertad (relativa y limitada, naturalmente) del legislador, como puede verse en SCHULZE-FIELITZ, H.: «Comentario al art. 19.4», en DREIER, H. (Hrsg.): *Grundgesetz*, cit., vol. I, núm. 45.

los intereses del demandante, no se le ha podido causar una lesión jurídica y por tanto no procede estimar una demanda de anulación formulada por ese sujeto<sup>38</sup>.

En los últimos años arrecia la presión para que se reconozca el carácter «subjetivo» de múltiples normas legales a partir de los derechos fundamentales, pero a ese resultado se llega tras una discusión doctrinal y judicial caso por caso (y a veces con soluciones contradictorias), y siempre con relación a un supuesto concreto<sup>39</sup>. Es decir, sigue sin reconocerse en absoluto con carácter general que se esté legitimado por la simple invocación de un interés.

### c) El interés legítimo como resultado de la posición específica de la Administración respecto al Derecho.

El Derecho privado sólo regula las relaciones intersubjetivas, y lo hace poniendo a los sujetos en contacto mediante una red de obligaciones y derechos subjetivos, que son los dos aspectos de una misma relación jurídica. Cuando el obligado a realizar una prestación de dar, hacer o soportar, no la cumple voluntariamente, el titular del derecho subjetivo vulnerado puede formular una pretensión de condena para obtener una sentencia judicial que imponga al otro sujeto el cumplimiento de esa obligación o, lo que es lo mismo, para lograr la satisfacción de su derecho subjetivo.

Examinado este proceso en su conjunto, se puede comprobar que el demandante que formula una pretensión de condena está ejerciendo dos derechos subjetivos distintos: un derecho subjetivo material, frente al sujeto obligado a realizar la prestación omitida, y un derecho subjetivo procesal, el derecho a la tutela judicial, que ejerce frente al Estado y que le permite formular la pretensión y exigir del órgano judicial competente, una vez cumplidos todos los requisitos o cargas proce-

38. En este punto, la doctrina distingue dos situaciones diferentes. El destinatario («Adressat») de un acto administrativo puede impugnarlo con base en cualquier ilegalidad que se haya cometido al dictarlo. En virtud del derecho fundamental a no resultar afectado por ninguna intervención ilegal del poder público (derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 2.1 GG), al destinatario del acto no se le pide que pruebe que la norma incumplida por la Administración al dictar el acto pretendía tutelar sus intereses personales. En este sentido, PAPIER, H.-J.: «Rechtsschutzgarantie», cit., §54.45 (pg. 1253); SKOURIS, W.: *Verletzttenklagen und Interessentenklagen*, cit., pgs. 147-149. Los demás afectados por el acto («Dritt Betroffene»), en cambio, sólo podrán alegar, para fundamentar la impugnación del acto, la vulneración de aquellas normas que les atribuyan derechos subjetivos, de lo que resulta que el derecho público subjetivo no es sólo un requisito de legitimación, sino que limita también los argumentos que se pueden utilizar en el debate sobre el fondo del asunto. Vid. PAPIER, H.-J.: op. cit., §54.44 (pg. 1252); BETTERMANN, K. A.: «Über die Legitimation», cit., pgs. 729-730; SKOURIS, W.: op. cit., pgs. 150-151. En contra, ESTEBAN DRAKE, A.: *El derecho público subjetivo*, cit., pgs. 47 y ss.

39. ZULEEG, M.: «Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?», cit., pg. 511, pone de manifiesto la incoherencia que se produce al mantener por un lado el criterio estricto de exigir un derecho público subjetivo *para evitar la sobrecarga de los Tribunales* que se produciría si se admitiese la acción popular o la simple legitimación por interés, y a la vez provocar con ese criterio complejísimas discusiones en múltiples procesos sobre si la posición subjetiva invocada por el demandante merece o no la calificación de derecho subjetivo.



sales, una resolución sobre el fondo de su pretensión, a través de la cual se pueda obtener la satisfacción del derecho subjetivo primario o material.

El Derecho administrativo y, más en general, el Derecho público, tiene una estructura diferente. En algunos casos (lo que GARCÍA DE ENTERRÍA ha denominado derechos subjetivos «típicos», es decir, asimilables a los del ordenamiento jurídico-privado) crea entre la Administración y los particulares relaciones jurídicas compuestas por derechos subjetivos y obligaciones, o bien permite su constitución a través de actos administrativos y contratos. A esta categoría pertenecen los derechos de los funcionarios, los de los contratistas y concesionarios de la Administración, los derechos a prestaciones sociales, los derechos de quien ha recibido una subvención o una beca, etc.

Estos derechos subjetivos no se diferencian en absoluto de los que aparecen en las relaciones jurídico-privadas. A los mismos corresponden obligaciones estrictas de la Administración. La tutela judicial de esos derechos consiste en que el órgano competente pueda, si el titular del derecho formula la pretensión correspondiente, condenar a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones. Frente a este dato esencial, tiene importancia secundaria el hecho de que ese sujeto pueda acudir directamente a los Tribunales o deba solicitar antes a la Administración, en vía administrativa, que cumpla sus obligaciones<sup>40</sup>.

Los derechos subjetivos de carácter administrativo pueden ser modificados o extinguidos por la propia Administración, en ejercicio de diversas potestades, como por ejemplo la expropiatoria. Pero ello no les priva de su carácter de derechos subjetivos ni los distingue radicalmente de los derechos subjetivos privados. En primer lugar, porque esas potestades de la Administración no significan que ésta pueda cumplir o no, a voluntad, sus obligaciones (algo excluido de los negocios jurídico-privados por los arts. 1256 y 1115 CC y que se puede considerar, en principio, requisito del concepto de obligación en sentido estricto en cualquier rama del ordenamiento). Al contrario, el ejercicio de esas potestades está sometido a límites estrictos y acarrea normalmente la necesidad de indemnizar al particular, es decir, el reconocimiento de que ha adquirido un derecho subjetivo, incorporado definitivamente a su patrimonio, de modo que cualquier privación del mismo, aun amparada en exigencias objetivas de los intereses públicos, exige una compensación económica<sup>41</sup>.

---

40. Cuando digo que la vía administrativa previa tiene una relevancia secundaria, no pretendo ignorar la importancia real que puede alcanzar, especialmente cuando impone una demora excesiva en la satisfacción de las pretensiones del particular. Precisamente la constatación de que esa vía previa es, desde un punto de vista sistemático, escasamente relevante y en todo caso instrumental, es un primer argumento que justifica su simplificación.

41. Otra cosa será que, al fijarse el montante de esa indemnización, la Administración reciba un tratamiento más favorable que el que se dispensa a un deudor privado que incumple una obligación contractual (en especial, la Administración nunca recibe, cuando actúa en ejercicio legítimo de sus potestades ablatorias, un tratamiento equiparable al de los deudores de mala fe). Esta perspectiva me parece fundamental en el estudio de las potestades administrativas «exorbitantes», y en primer lugar en el de los contratos administrativos.

En segundo lugar, porque el ejercicio de esas potestades (piénsese en la expropiatoria) puede afectar también a derechos privados, sin que ello modifique la naturaleza de éstos. En definitiva, todo derecho subjetivo (salvo algunos, como los de la personalidad) está sometido a las vicisitudes del tráfico jurídico (privado o público, voluntario o coactivo), lo que puede conducir a su transmisión, transformación o extinción, pero mientras esas posibilidades no se materialicen, el derecho subjetivo continúa siéndolo.

El dato decisivo que establece la identidad entre estos derechos subjetivos de origen administrativo y los derechos subjetivos privados es que, en ambos casos, se atribuye a su titular un poder jurídico cuyo contenido y ejercicio no están condicionados al interés de otro sujeto o al interés público, y por ello mismo el titular del derecho puede solicitar su tutela ante los órganos judiciales, cuya función no es satisfacer los intereses públicos, sino las pretensiones que estén fundadas en el ordenamiento jurídico.

Ha sido también GARCÍA DE ENTERRÍA quien ha observado en nuestra doctrina que sólo una pequeña parte de las normas de Derecho público imponen obligaciones estrictas a la Administración, obligaciones que se correspondan con derechos subjetivos de los particulares<sup>42</sup>. En la mayoría de los casos, las normas indican a la Administración cómo debe o puede actuar (no necesariamente qué debe hacer), pero de ahí no se deriva una atribución de derechos subjetivos a particulares. Se trata en estos casos de una acción administrativa dirigida y/o limitada por la Ley (y no, por tanto, de una actuación administrativa libre), pero que no tiene por objeto la satisfacción de los intereses de sujetos particulares (sino la del interés público) y sobre todo cuyo contenido no viene fijado estrictamente por la Ley, sino que depende de valoraciones y decisiones que debe adoptar la Administración (si bien no de forma libre, sino cumpliendo diversos mandatos legales)<sup>43</sup>.

Aunque ningún particular tiene derecho en estos casos a que la Administración actúe de una manera determinada, no todos los particulares se encuentran en la misma posición respecto a esta clase de actividad administrativa. A unos les es totalmente ajena, mientras que a otros les afecta en sus intereses personales, de forma que, dependiendo del modo concreto en que la Administración actúe, pueden sufrir un perjuicio o un beneficio. Estos particulares son los que tienen un interés legítimo respecto a esa actuación administrativa.

Las pretensiones de condena formuladas por los titulares de intereses legítimos tienen una función que no se da en la jurisdicción civil: obtener del órgano judicial una resolución que imponga a la Administración una actuación a la que

---

42. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 38.

43. Como es notorio, la regulación jurídica del ejercicio del poder público sí se ajustaba al esquema jurídico-privado de obligaciones y derechos subjetivos en el feudalismo, según la caracterización de MAX WEBER. En esta etapa (en la que sólo se puede distinguir entre poder público y poder privado o patrimonial aplicando anacrónicamente conceptos posteriores o anteriores, pero no utilizados en ese momento), la regulación jurídica de las relaciones entre señores y sometidos sí se articula a través de derechos subjetivos y obligaciones.

está legalmente obligada, pero teniendo en cuenta que el demandante no tiene un derecho subjetivo a ella, sino que con la condena se procura únicamente que esa actuación sólo afecte a los intereses del demandante en la medida y en el sentido admitidos por la Ley.

En estos casos, por tanto, no existen, a diferencia de lo que se ha visto antes en relación con las pretensiones de condena jurídico-privadas, dos derechos subjetivos, uno material y otro procesal, sirviendo este último para obtener la tutela judicial del primero. Lo que hay es una situación de interés legítimo, es decir, de contacto, sujeción o dependencia del particular respecto a la actuación administrativa, y un derecho procesal (el derecho a la tutela judicial) que permite formular todas aquellas pretensiones, incluidas las de condena, que sirvan para imponer a la Administración por vía judicial el cumplimiento de la Ley en lo que afecte a los intereses del demandante.

Esa dependencia de los particulares respecto a la actuación administrativa, que es el fundamento de los intereses legítimos, no es algo casual, sino que se deriva de la posición jurídica de la Administración y se manifiesta sobre todo en dos casos típicos. En primer lugar, el poder de que dispone la Administración le permite afectar con su actuación a múltiples sujetos a los que, en principio, no se dirige tal actividad: propietarios afectados por las obras públicas, proveedores cuya actividad y supervivencia económica dependen de la ejecución de un determinado programa, etc. Un sistema de justicia administrativa basado únicamente en la defensa de derechos subjetivos, deja fuera de este tipo de protección a buena parte de los particulares sometidos de este modo a la actuación administrativa. El expropiado o el contratista de la Administración podrán impugnar las resoluciones que ésta les dirija o formular contra ella otro tipo de pretensiones, pero difícilmente podrán obtener, a través de la articulación de derechos subjetivos, el control judicial de las formas previas (y decisivas) de la actuación administrativa: la aprobación del trazado de la carretera, la convocatoria del procedimiento de selección del contratista<sup>44</sup>. Al margen incluso de la mención expresa de los intereses legítimos en el artículo 24.1 CE, no parece dudoso que en Derecho español existe un consenso generalizado en favor de que esos intereses estén tutelados por la jurisdicción administrativa. Esa tutela no exige sólo que se reconozca legitimación a los simples interesados para interponer pretensiones de anulación con las que oponerse a actuaciones administrativas ilegales que perjudiquen dichos intereses, sino que sus titulares necesitan también pretensiones de condena que les permitan obtener una resolución judicial que obligue a la Administración a realizar aquellas actuaciones que les favorezcan y a cuya ejecución esté obligada legalmente.

Por otro lado, en muchos casos ocurre que el interés público a cuyo servicio debe actuar la Administración coincide con el interés particular de determinados

---

44. De hecho, ya hemos visto que en Alemania se venía entendiendo tradicionalmente que la regulación de los contratos públicos no otorga a los aspirantes a un contrato legitimación para demandar judicialmente el cumplimiento de las normas reguladoras del procedimiento de contratación.

sujetos, o incluso que el interés público cuya tutela se encomienda a la Administración es justamente la salvaguarda de los derechos de esos particulares. Piénsese, por ejemplo, en la actividad administrativa en materia de actividades clasificadas. Partiendo de que el simple ejercicio de acciones reales y de responsabilidad aquiliana no bastaría para armonizar la realización de esta clase de actividades con la tutela de los derechos de los afectados por las mismas, se ordena a la Administración llevar a cabo una actividad preventiva (autorizatoria) y represiva (de inspección y sanción), en defensa de un interés público que es justamente la tutela de los afectados por esta clase de actividades, una vez ponderada con el interés, también público, en que sea posible un ejercicio ordenado de las actividades empresariales. Lo mismo ocurre en general en toda la función administrativa de policía con la que se controla el ejercicio de actividades productoras de riesgo (control del tráfico aéreo, de la producción y venta de alimentos, etc.).

Del mismo modo que, según las teorías políticas contractualistas, el Estado cambia a los hombres la libertad desprotegida de que son titulares en el «estado de naturaleza» por una libertad «civil», limitada por el poder estatal pero a la vez tutelada jurídicamente, el Estado administrativo ofrece a numerosos intereses privados (el interés en la seguridad en sus diversas formas: en la alimentación, el transporte, el tráfico financiero, etc.) una tutela preventiva, que va más allá de lo que podría conseguirse con el ejercicio de acciones de responsabilidad entre particulares o de acciones penales, pero que es una tutela *condicionada*, lo que quiere decir que consiste en elevar esos intereses al rango de intereses públicos y ordenar a la Administración que actúe al servicio de los mismos, pero sin garantizar que se vaya a satisfacer enteramente el interés de cada particular (puesto que la actividad de policía o de prevención de riesgos no elimina todas las molestias ni la posibilidad de accidentes), sino sólo que se va a tener en cuenta adecuadamente ese interés a través de una organización y de una actividad adecuadas para el logro de esos fines y dirigidas a su consecución<sup>45</sup>.

Al regular la actuación administrativa dirigida a la satisfacción de estos intereses públicos, por tanto, el Derecho no se desentiende de los particulares afectados por la misma, sino que, al contrario, intenta tutelar los intereses de esos sujetos. En consecuencia, no se puede enfatizar la vinculación administrativa a los intereses públicos para excluir que los particulares puedan acudir a los Tribunales y demandar que se condene a la Administración al cumplimiento de las normas, ya que éstas tienen como función tutelar, indirectamente, sus intereses<sup>46</sup>. El hecho de que

---

45. En LOCKE, J.: *Two Treatises of Government* (1689), II, Capítulo 9, se ve el ámbito y los inconvenientes de la libertad de que disfruta el hombre en el estado de naturaleza, y lo que obtiene y a lo que renuncia al entrar en la sociedad política.

46. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si los vecinos perjudicados por el funcionamiento de un establecimiento ilegal que ocasiona molestias y riesgos para su salud, no pudiesen acudir a los Tribunales en caso de que la Administración se negase a intervenir para hacer cumplir la normativa vigente. A ese resultado se llega si se entiende que el mero «estar favorecido» por la aplicación de una norma no atribuye por sí solo legitimación para exigir ante los Tribunales su cumplimiento, sino que es preciso indagar si ese favorecimiento es un objetivo directo de la norma o sólo una consecuencia indirecta de su aplicación porque esa norma sólo pretendía

la actuación administrativa deba estar dirigida exclusivamente a la satisfacción de los intereses públicos quiere decir, entre otras cosas, que esa actuación no tiene que tener como resultado, necesariamente, la satisfacción integral de los intereses particulares dependientes de la misma, sino que debe tener en cuenta distintos factores que pueden justificar una actuación más o menos favorable a esos intereses. Pero ello no autoriza a contraponer intereses públicos e intereses privados ni a excluir que los titulares de éstos puedan acudir a los Tribunales y demandar el cumplimiento de normas establecidas para la protección de aquéllos.

La tutela judicial de los intereses legítimos es la forma de articular coherentemente la peculiaridad de la posición jurídica de la Administración (en cuanto ente llamado sobre todo a la gestión de intereses públicos) y el reconocimiento a todos aquellos cuya libertad depende de alguna manera de la actuación administrativa, del derecho a acudir a una instancia independiente cuando consideren que esa actuación es ilegal. Ello significa que *todo sujeto que pueda resultar beneficiado (en sus intereses económicos o de otro tipo) por el hecho de que la Administración cumpla los deberes u obligaciones que le imponga una norma de Derecho público, puede deducir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la pretensión de que se condene a la Administración al cumplimiento de esa norma y, por tanto, a dictar los actos o realizar las prestaciones correspondientes*<sup>47</sup>. No hace falta, por tanto, indagar si la norma en la que se apoya la pretensión del particular pretende tutelar a éste, ni es necesario plantearse si la conducta administrativa demandada es una actuación en favor de ese sujeto.

#### **d) La tutela judicial subjetiva de los intereses legítimos, una conquista del Derecho público español plenamente justificada.**

El artículo 24.1 CE, al garantizar en todos los órdenes jurisdiccionales la admisión de todas las pretensiones necesarias para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos, ha colocado la garantía de la tutela judicial en nuestro Derecho a un nivel no igualado en los países de nuestro entorno. No exige la titularidad de un derecho subjetivo, lo que equivale a integrar todo el campo de los «reflejos» o intereses, no protegidos jurídicamente en otros ordenamientos, y a la vez reconoce a esos intereses una tutela completa, no limitada a los recursos anulatorios como ocurre en el modelo francés, que es donde ha surgido el concepto de interés legítimo como título de legitimación. Además, no se ha pagado

---

tutelar un interés público o en todo caso no pretendía tutelar precisamente los intereses particulares del demandante.

47. Como dice la Sentencia de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 4040), «la legitimación procesal ha de responder a una aplicación razonada de los preceptos que la disciplinan, basada en el interés legítimo, en evitación de la vulneración del art. 24.1 de la Constitución», «concepto de interés legítimo más amplio que el puro interés directo, incluyendo todo tipo de interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada». En palabras de GARCÍA PÉREZ, M.: *El objeto*, cit., pg. 122, «[e]ste interés protegible (interés legítimo) existe siempre que pueda presumirse que con la declaración jurídica pretendida se coloca al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio, o que con la preexistencia o mantenimiento de la situación jurídica preexistente se ocasiona a aquél un perjuicio».

para ello, como en Italia, el precio de la bipartición de la justicia administrativa y de la necesidad de seguir dos procesos para obtener una tutela completa, como sucede frecuentemente en ese Derecho.

Haber alcanzado ese grado de tutela judicial no se debe, por tanto, a la importación de instituciones procedentes de otros Derechos, por más que sea evidente la influencia del artículo 19.4 GG y del 24 de la Constitución italiana en el artículo 24.1 CE. En este punto me parece decisiva la aportación de GARCÍA DE ENTERRÍA, al haber aprovechado la relativa ambigüedad de la LJCA/1956 (sobre la que volveré en el Capítulo VI) y haber utilizado piezas dogmáticas procedentes de otros ordenamientos para obtener un nivel de tutela judicial superior al reconocido en ellos, como ocurre claramente con el derecho público subjetivo alemán<sup>48</sup>.

48. La LJCA/1956 condicionaba la posibilidad de obtener pronunciamientos que no fuesen meramente anulatorios a la titularidad de derechos subjetivos (art. 28.2). Para GARCÍA DE ENTERRÍA: «Sobre los derechos públicos subjetivos», REDA, 6 (1975), pgs. 427-446, pgs. 434 y ss., el hecho de que el simple interesado pudiese, con arreglo a dicha Ley, dar lugar mediante el recurso contencioso-administrativo a la iniciación del proceso y obtener dentro de él una Sentencia anulatoria de cualquier acto ilegal que lesionase sus intereses no sólo significaba que ese interesado era titular de un derecho de acción y no era un simple denunciante. Aplicando el concepto moderno de acción (WINDSCHEID), que ve detrás de ella en todo caso un derecho material, este autor construyó un derecho subjetivo al que calificó de reaccional para indicar que sólo surge como consecuencia de que una actuación administrativa ilegal lesiona el «círculo vital», los intereses, de ese sujeto. De lo que se trataba era de elevar al simple interesado a la categoría «superior» (en la LJCA/1956) de titular de derechos subjetivos. Para llegar a este resultado se habría podido optar también por considerar como derecho subjetivo «absoluto» el «status» de libertad del particular, de donde surge fácilmente su legitimación para actuar en vía contencioso-administrativa contra cualquier actuación administrativa que lo lesione ilegalmente (tesis de RUPP que GARCÍA DE ENTERRÍA desecha). Si la LJCA/1956 permitía construir como un derecho subjetivo la posición jurídica que habilita al particular para interponer un recurso contencioso-administrativo a partir de un simple interés legítimo, e incluso reconocer la existencia de un derecho material detrás de ese derecho de acción, la Ley no podía servir para ir más allá de sí misma, y forzoso es reconocer que esa Ley sólo concedía a los intereses legítimos una tutela anulatoria (arts. 28, 41 y 42, estudiados con más detalle en el Capítulo VI). Para superar este escollo, GARCÍA DE ENTERRÍA se apoyó en la línea jurisprudencial que había estimado, sin más reparos, pretensiones de condena apoyadas sólo en la defensa de intereses legítimos («Sobre los derechos públicos subjetivos», cit., ). Una vez conseguida, con apoyo en los materiales normativos del momento, la justificación de la tutela judicial íntegra de los intereses legítimos, el art. 24.1 CE le presta hoy un fundamento normativo inequívoco que nos ahorra la compleja construcción dogmática que antes era imprescindible. Tras la aprobación de la CE, y al contrario de lo que disponía la LJCA/1956, los particulares también tienen derecho a la tutela judicial efectiva para la defensa de sus intereses legítimos, lo que supone no sólo la posibilidad de acudir a los Tribunales para su defensa, sino también la formulación en esa defensa de toda clase de pretensiones (no sólo anulatorias). En palabras del propio GARCÍA DE ENTERRÍA (en el prólogo a FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora*, cit., pgs. 24-25): «El contencioso-administrativo, tras la Constitución, ni está limitado a la protección de derechos, como pretendía la Ley de 1888, ni ha de concretarse, para salvar la posición privilegiada de la Administración, al juego único de la anulación-absolución, con la exclusión correlativa de cualquier poder propio de ejecución de los fallos, o de protección cautelar inmediata. No se trata tampoco, según la construcción clásica del «excès de pouvoir» francés o la de los intereses legítimos italianos, de una justicia que sólo pretenda asegurar el respeto de la legalidad objetiva en la actuación administrativa. El art. 24, con una sorprendente facilidad, ha concebido a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, plenamente judicializada según el art. 106, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos (expresión esta última que procede del influjo directo sobre nuestros constituyentes de la Constitución italiana, pero sin que haya arrastrado las connotaciones peculiares del concepto en el sistema jurídico italiano). La justicia administrativa no es ya, por

En los últimos tiempos ha habido algunos intentos de volver a la exigencia de un derecho subjetivo, al menos como requisito de las pretensiones de condena. Así, en algunos trabajos doctrinales basados en el Derecho alemán, parece afirmarse que el otorgamiento de una tutela judicial completa (no sólo anulatoria) en vía contencioso-administrativa exige ser más estrictos en la legitimación<sup>49</sup>. Por otro lado, el artículo 29.1 LJCA, que es la cláusula con la que el legislador ha pretendido introducir en nuestro Derecho las pretensiones de condena, las limita a los casos en que el demandante tiene derecho a una actuación administrativa concreta que además debe estar dirigida a su favor<sup>50</sup>. Estos intentos, así como el hecho de que

---

tanto, un sistema de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la Administración, según la tradición, ya definitivamente claudicante, del "excès de pouvoir", sino un sistema de "tutela" de situaciones jurídicas subjetivas, tutela plenaria, que el texto del art. 24 y la regla del art. 53.1 no permiten reducir, limitar o excluir en ninguna —incluyendo, pues, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— de sus aplicaciones y que, en cuanto derecho fundamental, vincula directamente a Jueces y Tribunales (...)».

49. GONZÁLEZ VARAS, S.: *Problemas procesales*, cit., pg. 100, dice que hay que averiguar (como requisito de admisibilidad primero y después de estimación de la pretensión) si la norma que la Administración, supuestamente, ha incumplido, es una norma *subjetivable* o, por el contrario, meramente objetiva. En *La jurisdicción*, cit., pg. 96, dice, tras exponer la exigencia alemana de que se haya producido una «Rechtsverletzung» o lesión de un derecho subjetivo, que «en esta línea considero puede profundizar el Derecho español, a los efectos de que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa encuentre su sentido en resarcir un interés jurídico subjetivo, en vez de ser esencialmente un medio de control de la Administración, tal como exige el §24 de la Constitución, al hablar de "todas las personas"». En *Problemas procesales*, cit., pg. 27, nota 11, y pg. 78, nota 100, pueden verse las dificultades que acarrearía en el Derecho español la incorporación de un sistema de legitimación como el alemán: la necesidad de discutir en cada caso si el interesado es un simple interesado o bien es titular, por mediación de la CE o por alguna otra vía, de un derecho subjetivo. Todo el esfuerzo que este autor lleva a cabo para «subjetivizar» determinadas normas legales y reglamentarias (en materia de actividades clasificadas o medio ambiente, por ejemplo), «descubriendo», mediante una interpretación de las mismas a la luz de los derechos fundamentales, que también tutelan intereses de los particulares en lugar de perseguir únicamente finalidades objetivas, es necesario en Derecho alemán para permitir que los particulares puedan acudir a la justicia administrativa ante la vulneración de tales normas, pero no lo es absoluto en España a no ser que se parta de que los intereses legítimos no son posiciones jurídicas subjetivas protegidas por el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, MALARET, E. afirma de pasada, en «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», en TORNOS MAS, J. (COORD.): *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. Barcelona, 1994, pgs. 301-336, pg. 308, que «cuando la "pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada no se fundamente en un derecho derivado del ordenamiento" el Tribunal deberá limitarse a anular el acto».

50. Según el art. 29.1, «cuando la Administración (...) esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación». Una interpretación estricta de esta norma supone que sólo pueden ser objeto de las pretensiones de condena aquellas actuaciones administrativas cuya única finalidad sea la satisfacción de un interés de un particular (pago del sueldo de un funcionario, del precio de un contrato, etc.). Es decir, no se trata de la actividad propiamente administrativa (dirigida a la satisfacción de los intereses públicos), sino de actuaciones de ejecución de otras decisiones políticas o administrativas. Esta tesis se acerca al modelo alemán de los derechos públicos subjetivos. No basta estar «interesado» en una actuación administrativa, es preciso tener derecho a la misma. Con ello se recogen todos los elementos del derecho público subjetivo alemán. Como se verá en el Capítulo VII, esta recepción tan limitada de las pretensiones de condena obliga a acudir, para encajar las demás pretensiones de condena exigidas por el art. 24.1 CE, al recurso general contra actos administrativos (art. 31 LJCA).

la construcción de los derechos subjetivos reaccionales, que es el principal apoyo dogmático de la tutela judicial de los intereses legítimos (por más que prescindamos de este concepto para evitar posibles complicaciones derivadas del influjo del Derecho italiano), se haya construido pensando sobre todo en las pretensiones de anulación de los actos administrativos que los lesionen y de indemnización por los daños causados por ellos, más que en pretensiones de condena en sentido estricto, obliga a justificar la idoneidad de estos intereses como soporte de las pretensiones de condena<sup>51</sup>.

Así, hay que recordar en primer lugar que no tiene sentido reconocer los intereses legítimos como título de legitimación para la interposición de un recurso anulatorio y negarles esa condición para las pretensiones de condena, puesto que dichos intereses pueden ser lesionados tanto por la actuación administrativa positiva (lesión remediable a través de un recurso anulatorio) como por la simple inactividad (y en este caso la tutela exige la formulación de pretensiones de condena). Si el hecho de resultar favorecido por la anulación de un acto ilegal permite impugnar ese acto, no se ve por qué el simple hecho de resultar favorecido por la aplicación de una norma no puede habilitar a ese sujeto para demandar en vía contencioso-administrativa que se condene a la Administración al cumplimiento de los deberes que le impone esa norma, aunque dichos deberes no consistan exactamente en cumplir una prestación concreta en beneficio precisamente de tal sujeto<sup>52</sup>.

La Exposición de Motivos (§IV) contiene, sin embargo, una afirmación de sentido opuesto al que parece dar a entender la limitada redacción del art. 29.1, al decir que el recurso contencioso-administrativo es «hoy en día instrumento útil para una pluralidad de fines: la defensa del interés personal, la de los intereses colectivos y cualesquiera otros legítimos, incluidos los de naturaleza política, mecanismo de control de legalidad de las Administraciones inferiores, instrumento de defensa de su autonomía, cauce para la defensa de derechos y libertades encomendados a ciertas instituciones públicas y para la del interés objetivo de la ley en los supuestos legales de acción popular, entre otros». Esta enumeración viene a ser un repaso libre del art. 19.1 y pone de manifiesto que el legislador español, al contrario que el alemán y que los operadores jurídicos de ese país, no teme que vaya a producirse una sobrecarga o una especie de contaminación política de la jurisdicción contencioso-administrativa por el hecho de que a ésta se formulen pretensiones movidas por la defensa de intereses políticos o colectivos y no de derechos subjetivos individuales en sentido estricto.

51. Esa concepción restrictiva de la tutela judicial de los intereses legítimos puede verse, por ejemplo, en GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N.: «La “integración” de las cláusulas de atribución de potestades administrativas discrecionales», en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (Coord.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid, 1996, pgs. 211-223, pg. 221, donde se afirma, en contra de la posibilidad de que los Tribunales dicten sentencias de condena en relación con la actividad administrativa discrecional, que «los llamados derechos subjetivos reaccionales (...) otorgan a su titular, frente a una actuación administrativa ilegal “un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal, y el restablecimiento de la integridad de sus intereses”. Por ello sería otorgar más de aquello a lo que se tiene derecho que a resultados de la impugnación y revisión judicial del acto ilegal, el afectado se viese con una situación jurídica que excediese de la que disfrutaba con anterioridad a aquel acto».
52. O. BACHOF ha demostrado, en *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pgs. 16 y 58, que una posición jurídica determinada (ya se trate de un derecho público subjetivo, un interés legítimo, etc.) puede ser vulnerada tanto por un acto como por una omisión administrativa.



Por otro lado, la tesis restringida obligaría a una «regresión» en las garantías judiciales, limitando la tutela judicial de los intereses legítimos a la simple anulación, lo que hoy resulta inaceptable<sup>53</sup>. Sobre todo cuando el artículo 24.1 CE habla de «intereses legítimos», y esa expresión remite inequívocamente a la tesis amplia, a la tesis de que esos intereses deben gozar de una protección judicial completa, incluidas las pretensiones de condena, ya que el concepto de intereses legítimos es un concepto bien conocido en nuestro Derecho preconstitucional y en los modelos francés e italiano (del que procede en buena medida la teorización del interés legítimo como situación jurídica opuesta al derecho subjetivo)<sup>54</sup>.

La tutela judicial de los intereses legítimos coloca a nuestro sistema de justicia administrativa en una cota a la que otros Derechos, como el alemán, se acercan ahora tras una compleja evolución y por imposición del Derecho comunitario<sup>55</sup>. Pretender exigir ahora en Derecho español, aunque sólo sea para las pretensiones de condena, la titularidad de un derecho subjetivo, obligaría a su vez, como en Derecho alemán, a calibrar cuándo una norma legal funda derechos subjetivos *como consecuencia de su implicación en la efectividad de un derecho fundamental*, lo que significaría añadir a la mayoría de los procesos contencioso-administrativos una discusión similar a la que se plantea para distinguir entre «cuestiones de legalidad ordinaria» y «vulneración de un derecho fundamental» a efectos de un recurso de amparo<sup>56</sup>. No es difícil imaginar el desastre judicial que ello supondría, más inaceptable aún dado que es un resultado innecesario e inconstitucional por opuesto al artículo 24.1 CE<sup>57</sup>. Además, si el objetivo fundamental de la teoría del derecho público subjetivo es evitar la «acción popular», ese objetivo también se logra con la concepción amplia que aquí se defiende<sup>58</sup>.

Desde un punto de vista positivo, la tutela judicial de los intereses legítimos es la solución que mejor se adapta a la cláusula de libre desarrollo de la personalidad y al principio de Estado de Derecho, pues dicha tutela es una palanca que permite

53. J. GONZÁLEZ PÉREZ utiliza este argumento como criterio interpretativo del art. 29.1 LJCA, en «El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997», *REDA*, 97 (1998), pgs. 17-35, pg. 32.
54. Ya al margen de estos sistemas tan cercanos al nuestro, HÄNNI, P.: en *Die Klage auf Vornahme*, cit., pgs. 264-268, indica que en Derechos como el norteamericano (y el suizo, aunque en una medida mucho menor) se prevén mecanismos para que los particulares puedan acudir a los Tribunales y romper la inercia o inactividad de la Administración en la ejecución de las normas («Vollzugskrise»).
55. Como he estudiado supra, en el Capítulo III.
56. De hecho, este tipo de razonamientos ya han comenzado a hacerse en nuestra doctrina, como he dicho en notas anteriores. Vid. GONZÁLEZ-VARAS, S.: *Problemas procesales*, cit., pgs. 78 y 100.
57. En una comparación entre el sistema alemán y los cambios que en él impone el Derecho comunitario, CLASSEN, C. D.: *Die Europäisierung*, cit., pg. 83, ha sostenido que es más «honrado» («ehrlich») reconocer con carácter general la legitimación por interés que ir haciéndolo caso por caso mediante una compleja «reinterpretación» del concepto de derecho subjetivo. De hecho, la aplicación del sistema alemán de legitimación alcanza niveles de gran complejidad (GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pgs. 121-123). En el mismo sentido, MARTENS, J.: «Zur Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes», *DVB* (1968), pgs. 322-330, esp. pgs. 327-328.
58. En este sentido, CLASSEN, C. D.: *Die Europäisierung*, cit., pg. 83, y SKOURIS, W.: *Verletzenklagen und Interessenklagen*, cit., pgs. 140-142.

a cada ciudadano proteger su libertad (art. 10) y colaborar libre y responsablemente en la garantía de un verdadero Estado de Derecho (art. 1.1). La ilegalidad administrativa supone siempre un atentado al orden constitucional, al principio de legalidad y al Estado de Derecho. Dada la posición constitucional del poder ejecutivo, de especial sumisión a la ley y al Derecho, no es fácilmente justificable que el particular deba soportar los perjuicios que le causa la actuación o la inactividad ilegal de la Administración sin poder solicitar libre y responsablemente la intervención judicial, que es lo que ocurriría si en estos casos la corrección de dicha ilegalidad quedase remitida a sistemas de control no judicial<sup>59</sup>.

Aunque atiendan principalmente a la tutela de los intereses públicos, las normas de Derecho público influyen siempre sobre la libertad de los particulares, al delimitar el ámbito de actuación de un sujeto tan poderoso como la Administración. Por ello, cuando un ciudadano defiende su «esfera jurídica» frente a una actuación ilegal de la Administración, no está ejerciendo una acción pública, sino defendiendo su libertad.

Todo ello conduce a justificar materialmente el resultado a que lleva la interpretación gramatical del artículo 24.1 CE, es decir, la exigencia constitucional de que la Ley configure un sistema de justicia administrativa que otorgue una tutela judicial completa (a través de todos los tipos de pretensiones que sean necesarias) no sólo a los derechos subjetivos, sino también a los intereses legítimos.

#### 4. EL EFECTO VINCULANTE DEL ARTÍCULO 106.1 SOBRE LA REGULACIÓN LEGAL DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El artículo 106.1 CE establece que «[l]os Tribunales controlan (...) la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»<sup>60</sup>. Este precepto es así, tras el 24.1, la segunda mención constitucional de la justicia administrativa (mejor dicho de su función, puesto que en ninguno de ellos se la aísla respecto a los demás órdenes jurisdiccionales)<sup>61</sup>.

Las leyes y la doctrina mencionan ambos preceptos como la fuente de los límites constitucionales a la libertad de configuración del legislador en la regulación del contencioso-administrativo. Unos ponen el acento en el artículo 24.1,

---

59. Vid. GLASSEN, C. D.: *Die Europäisierung*, cit., pg. 85.

60. Acerca de este precepto y su influencia sobre el contencioso-administrativo, vid. DELGADO BARRIO, J.: «Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, pgs. 2312-2355, y antes FERNÁNDEZ, T.-R.: «La plenitud», cit., pgs. 357 y ss.

61. La única referencia constitucional directa a la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra en el art. 153 e), al hablar del control sobre las Comunidades Autónomas, y sobre ella se ha apoyado S. DEL SAZ para sostener la reserva constitucional del Derecho administrativo, en «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en el libro colectivo *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*. Madrid, 1992, pgs. 174 y ss.

otros en el 106.1 y a veces se establece una relación de igualdad entre ambos<sup>62</sup>. A ello subyace la vieja pugna sobre las funciones del contencioso-administrativo, ya que con frecuencia quienes subrayan la importancia del artículo 24.1 consideran más importante la función subjetiva o de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, mientras que el artículo 106.1 permite insistir en la función objetiva o de control de legalidad, sea para limitar la primera o para ampliar el ámbito del contencioso, como veremos a continuación.

La referencia al artículo 106.1 se ha utilizado para limitar el alcance del 24.1, diciendo que la tutela judicial efectiva se garantiza, en el concreto ámbito de las pretensiones que se formulan frente a la Administración, bajo la forma específica de control de legalidad, lo que excluiría algunas formas de intervención judicial que van más allá de ese control (como la llamada sustitución del contenido del acto impugnado)<sup>63</sup>. Esta línea argumental no ha permitido, a mi juicio, llegar a aportaciones relevantes, y ello no sólo por el hecho, obvio y subrayado en la polémica

62. La Exposición de Motivos de la LJCA/1998 parte de que ambas normas son los parámetros constitucionales del contencioso, junto a los arts. 9.1 y 103.1 CE, entre otros. Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA, el 106 también delimita la función constitucional del contencioso, si bien «el precepto constitucional esencial sobre el alcance de ese control pasa a ser el básico artículo 24» (*Curso*, cit., vol. II, pg. 557, con T.-R. FERNÁNDEZ). Para GONZÁLEZ VARAS, el control de legalidad (que él no liga a un precepto constitucional concreto) es una simple consecuencia de la tutela judicial (*Problemas procesales*, cit., pgs. 20-21). El art. 24 es el único parámetro que determina la función constitucional del contencioso-administrativo (pg. 99).

63. Esta argumentación se ha desarrollado en el contexto de la polémica sobre la discrecionalidad y su control judicial que tuvo lugar básicamente en la primera mitad de la década de los noventa. Así, PAREJO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, 1993, pgs. 37-47. A ello se opone FERNÁNDEZ, T.-R. [«De nuevo sobre el poder discrecional», *REDA*, 81 (1993), pgs. 577-612, pg. 595] al decir que «no es el art. 24 el que debe ser interpretado en función del art. 106, como hace PAREJO, sino que éste es el que debe ser interpretado en función de aquél. Y ello en razón de la posición preferente que en nuestra Constitución gozan los derechos fundamentales». En la misma línea, E. GARCÍA DE ENTERRÍA advierte, en el prólogo a la 2ª ed., de *La batalla por las medidas cautelares*. Madrid, 1995, de que sobre el art. 106.1 «parece intentarse reconstruir una concepción objetivista y aún estrictamente revisora de la Justicia administrativa» (pg. 15).

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, 1994, no utiliza directamente el art. 106.1 contra el 24.1 o para limitarlo. En la pg. 156, utiliza el art. 106.1 para delimitar la función judicial, definida genéricamente en el art. 117, en su aplicación al contencioso-administrativo: «En relación con la actuación administrativa esa función se traduce en una tarea de control, pero estrictamente de un control de legalidad y de «sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican» (art. 106.1)». La relación entre el 24.1 y 106.1 aparece indirectamente en la pg. 161, donde se afirma que, frente a una decisión judicial que excediese los límites de ese control de legalidad, «podría interponerse en su caso recurso de amparo por infracción de lo dispuesto en el art. 24.1 de la Constitución (en relación con los arts. 106.1 y 117.1, 3 y 4)». Para este autor (pg. 17), se trata de dos perspectivas complementarias, la de «las garantías individuales» («lo que presupone determinar el contenido y el alcance del derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva en relación con el control judicial de la discrecionalidad») y la del «régimen constitucional de división de poderes, lo que conduce a determinar cuál es la función del juez que controla las decisiones gubernativas y administrativas y cuál es el alcance y el límite de sus competencias».

M. BELTRÁN, por su parte, considera, en *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid, 1995, pg. 214, que los términos de la relación no son los arts. 24.1 y 106.1, sino el 24.1 y el 103.1, que se articulan entre sí del siguiente modo: «La efectividad de la justicia ha de garantizarse dentro del marco constitucional y del equilibrio entre los poderes constituidos, y por lo tanto para tal garantía no es lícito anular un principio o estructura constitucional (como es la posición constitucional de la Administración: el «hueco normativo»)».

mica, de la especial posición constitucional de los derechos fundamentales que limita cualquier intento de «ponderar» su contenido con el de otros preceptos o principios constitucionales. También porque la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto dirigido al examen judicial de pretensiones fundadas en Derecho, no exige que los Tribunales salgan de su ámbito propio e invadan el de la discrecionalidad administrativa, de modo que no es preciso limitar el derecho a la tutela judicial con otro precepto (en este caso el 106.1 CE) a fin de salvaguardar el ejercicio por la Administración de sus competencias<sup>64</sup>. Y por último porque el concepto de control de legalidad, que utiliza el artículo 106.1, no significa dar al contencioso-administrativo un alcance meramente revisor (por lo que no excluye necesariamente las sentencias de condena o la sustitución judicial del contenido del acto impugnado). Control de legalidad se opone a «justicia subjetiva» o dirigida a la tutela de posiciones jurídicas subjetivas. El control de legalidad puede conducir, desde el punto de vista conceptual, a que una inactividad se declare ilegal y a que se condene a la Administración a actuar, del mismo modo que en un sistema de justicia administrativa totalmente subjetivo también se dan sentencias anulatorias, cuando lo que exija la tutela del demandante sea únicamente la anulación de un acto.

Además de para sostener esta tesis limitativa, el artículo 106.1 se ha invocado para defender la ampliación del contencioso-administrativo, es decir, para afirmar que la CE exige al legislador configurar un contencioso que no se limite a tutelar los derechos e intereses legítimos, sino que permita el control judicial de toda la actividad administrativa, lo que se acerca a exigir con base en la CE que la legislación del contencioso-administrativo recoja una acción popular de ámbito general<sup>65</sup>. Sin embargo, al convertir en propuestas concretas estos razonamientos dogmáticos se rebaja su calado, puesto que más que la supresión de los requisitos de legitimación se opta por defender la legitimación del Ministerio Fiscal o del Defensor del

64. Sobre la discrecionalidad administrativa como límite de las sentencias de condena volveré en el Capítulo XII.

65. Parece sostener esta tesis GÓMEZ PUENTE: *La inactividad de la administración*. Pamplona, 1997, pg. 129: «Por imperativo constitucional toda potestad administrativa es una potestad funcional que entraña deberes jurídicos a cargo de la Administración cuyo cumplimiento deben asegurar los Tribunales». «Esta exigencia constitucional debe satisfacerse mediante una ampliación de los límites subjetivos y objetivos del proceso contencioso-administrativo» (pg. 130). «El pleno control judicial, que eliminaría obstáculos al conocimiento judicial de la inactividad administrativa —otra cosa será el problema de los poderes de que deba disponer el juez para atajarla—, debe conducir a admitir un recurso objetivo, de simple legalidad, desvinculado de consideraciones a intereses de clase alguna» (pg. 143). De ahí su crítica a la tesis de la *subjetivización* del contencioso (pg. 140, nota 31, y repetida en la pg. 147). Para este autor, el contencioso ha de ser subjetivo (en el sentido de garantizar el derecho a la tutela judicial del art. 24.1) y, además, objetivo. Muestra de esta última característica serían las acciones populares. De hecho, entiende que la teoría del derecho subjetivo reaccional es un paso en el camino hacia la «objetivación» (pg. 144). También ha defendido las acciones populares en el contencioso-administrativo, como remedio a su excesivo individualismo, NIETO, A.: «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», *RAP*, 76 (1975), pgs. 9-30., pgs. 26-27; «La discutible supervivencia del interés directo», *REDA*, 12 (1977), pgs. 39-58.

Pueblo para que intervengan en los procesos o interpongan recursos contencioso-administrativos en defensa de la legalidad<sup>66</sup>.

Difícilmente se puede extraer del artículo 106.1 un mandato dirigido al legislador para que garantice que toda la actuación administrativa sea sometida a un control judicial de legalidad. Los Tribunales ya controlan la legalidad de la actuación administrativa (dando cumplimiento así al artículo 106.1) al decidir en los procesos de que conocen, aunque la razón subjetiva de que esos asuntos hayan llegado a su conocimiento no sea la garantía de la legalidad sino la tutela de algún derecho o interés del demandante<sup>67</sup>. La introducción de una acción popular universal provocaría los problemas típicos de esta clase de acciones, reiteradamente denunciados por la doctrina, y además no es una exigencia constitucional clara, pues donde el constituyente quiso asegurar esta forma de acceso a los Tribunales lo hizo expresamente (art. 125 para el proceso penal). Si existen varias interpretaciones de un precepto constitucional, como ocurre en este caso, no parece aceptable obligar al legislador a seguir una de ellas, precisamente cuando es una interpretación que conduciría a resultados muy negativos (como sería convertir los Tribunales contencioso-administrativo en el terreno en el que se dirimiese cualquier conflicto personal, político o empresarial) y que además no es seguida en ninguno de los sistemas jurídicos de nuestro entorno<sup>68</sup>. No hay que olvidar, por lo demás, que la generalización de la acción popular podría ser incompatible con el carácter subjetivo de la tutela judicial, garantizado por el artículo 24.1 CE<sup>69</sup>.

66. Vid. GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad administrativa*, cit., pg. 145.

67. Esto afecta también a las acciones populares y sólo deja fuera los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo.

68. Si se entiende que el art. 106.1 exige un control judicial de toda la actividad administrativa, no limitado a la que llega a estos tribunales de forma más o menos aleatoria en función de los recursos interpuestos por los particulares y demás sujetos legitimados, tampoco bastaría la introducción de esa acción popular general, puesto que el control también quedaría condicionado a que algún sujeto la ejerciera, sino que sería necesario encargar a los órganos judiciales también de la iniciación de los procesos, lo que conduciría a su colapso y a un activismo insoportable, que se traduciría en la selección por el juez de algunas ilegalidades administrativas para censurarlas, o en la creación de una especie de fiscales contencioso-administrativos encargados de recurrir las actuaciones ilegales en defensa de la legalidad.

69. En Derecho alemán se considera que el art. 19.4 GG, que apodera a los ciudadanos para obtener la tutela judicial ante cualquier lesión que los poderes públicos les causen en sus derechos, no sólo fija un mínimo en cuanto a las posibilidades de acceso a la justicia administrativa, sino que establece, con carácter vinculante para el legislador, una característica de la misma: los Tribunales sólo deberán intervenir en defensa de derechos particulares, cuando y en la medida en que lo soliciten sus titulares. De ahí que una introducción amplia de acciones populares se considere inconstitucional, y que toda apertura de la justicia administrativa a la tutela de nuevas situaciones e intereses se lleve a cabo sobre la base de una interpretación amplia del concepto de derecho subjetivo: vid. KREBS, W.: «Subjektiver Rechtsschutz», cit., pgs. 197 y 210; SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *Festschrift Menger*, 1985, pgs. 107-123; LORENZ, D.: «Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG für das Verwaltungsprozeßrecht», *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, pgs. 143-159 (especialmente pg. 149). Mantiene una postura más abierta SCHENKE, W.-R., en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG: *GG Kommentar*, art. 19.4, núm. 284. Para SCHULZE-FIELTIZ, H.: «Comentario al artículo 19.4», en DREIER, H.: *Grundgesetz*, cit., núm. 48, el límite constitucional a la admisión legislativa de la acción popular se encuentra en la posible sobrecarga excesiva de los Tribunales que les impida cumplir de forma efectiva, es decir, relativamente puntual, su cometido constitucional primario que es tutelar los derechos subjetivos de los particulares.

El artículo 106.1 CE puede ser interpretado, a mi juicio, en varias direcciones menos dramáticas y espectaculares. En primer lugar, para impedir que el legislador pueda excluir el control judicial de un tipo de actividad administrativa por sus características (actividad técnica, actividad política en un sentido excesivamente amplio del término, etc.). En segundo lugar, para explicitar algo que se desprende también del artículo 117: que la función judicial se basa en el Derecho y sólo llega donde lo hace éste (T.-R. FERNÁNDEZ), lo que excluye un tipo de intervención judicial de *merito* (en la terminología italiana) en la que se encomiende al Tribunal la corrección de las decisiones propiamente administrativas actuando en esos casos como un administrador que interpreta el interés general<sup>70</sup>. Y el artículo 106.1 sirve también para justificar constitucionalmente, en la medida en que sea necesario, la introducción de acciones populares o la legitimación del Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo o la propia Administración del Estado (como hacía la Ley 1981 o el Proyecto de Ley del Gobierno) para interponer recursos contencioso-administrativos que no busquen la tutela de derechos o intereses legítimos, pero que servirán también para que se realice esa función genérica del control de la legalidad.

---

Sobre las funciones de la Justicia Administrativa, vid. también PAPIER, H.-J.: *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*. Berlin-New York, 1979; BROHM, W.: «Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *NJW*, 37 (1984), pgs. 8-14. Estos trabajos más recientes no revisan en absoluto la función subjetiva de la jurisdicción administrativa, sino que se fijan más bien en que, de hecho, ésta desempeña un papel cada vez más importante en la configuración de las decisiones administrativas, ante la proliferación de habilitaciones discrecionales y conceptos legales indeterminados, y también por la relevancia que adquieren, para la realización concreta de los proyectos y decisiones de la Administración, las medidas cautelares que se adopten, a veces más importantes en la práctica que la Sentencia (vid. PAPIER: op. cit., pgs. 11-12 y 38 y ss.).

70. Vid. *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pgs. 117 y ss.

## PARTE II

# LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

## Las pretensiones de condena desde los orígenes del contencioso-administrativo en España hasta la Ley Jurisdiccional de 1956

### 1. EL CONTENCIOSO FRANCÉS COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DEL SIGLO XIX

Parece fuera de duda que el contencioso-administrativo introducido en España por las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que lo regularon en sus dos niveles (provincial y estatal), tuvo como modelo al contencioso francés, que se había ido formando de manera gradual desde comienzos del siglo XIX. Se trata, en efecto, de una institución cuyos rasgos básicos carecían completamente de precedentes en nuestro Derecho y además los conceptos utilizados (empezando por el de contencioso-administrativo) remiten inequívocamente al Derecho francés<sup>1</sup>.

La evolución progresiva del contencioso-administrativo francés intenta resolver varios problemas derivados del dogma (entonces indiscutido y hoy totalmente superado) de que el Poder Ejecutivo no puede estar sometido en absoluto al Judicial<sup>2</sup>. Así, es necesario encontrar una institución que pueda conocer de las cuestiones que se planteen entre un particular y la Administración en el seno de relaciones jurídicas en las que el particular es titular de derechos patrimoniales (como ocurre,

1. En este sentido, NIETO, A.: «Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España», *RAP*, 50 (1966), pgs. 27-50 (pgs. 39 y ss.); PARADA VÁZQUEZ, R.: «El privilegio de decisión ejecutoria y el proceso contencioso-administrativo», citado por su versión en el libro *La Administración y los Jueces*, Caracas, 1988, pg. 102; FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Madrid, 1998, pg. 396.

2. Este dogma no se ha afirmado casi nunca de forma absoluta, pues se ha reconocido que una parte de la actividad del Ejecutivo está sometida al Derecho privado y que por tanto nada impide que los Tribunales (ordinarios, es decir, los únicos existentes en esta etapa) conozcan de las cuestiones litigiosas que se deriven de ella. De todas formas, la delimitación de esos dos ámbitos de la actividad administrativa no se hizo, sobre todo al principio, con arreglo a criterios dogmáticos o materiales, como puede ser la presencia o no de un interés público o una finalidad pública en la actividad administrativa, sino para excluir del conocimiento de los Tribunales asuntos políticamente discutidos o bien para facilitar la gestión: sólo así se explica la exclusión en bloque de los contratos de la Administración (de acuerdo con la tesis de PARADA sobre el sentido inicial de la expresión «obras y servicios públicos») o la de las enajenaciones de bienes desamortizados, siendo así que la venta de bienes patrimoniales debería ser un supuesto típico de actividad administrativa de Derecho privado.



en primer lugar, con los contratistas)<sup>3</sup>. Estos litigios sólo se diferencian de las cuestiones civiles ordinarias en que la presencia subjetiva de la Administración excluye, por imposición del dogma a que me he referido, la intervención de los Tribunales<sup>4</sup>. Aunque sería un anacronismo hablar de un derecho fundamental a la tutela judicial como mandato jurídico supraordenado a la separación de poderes, lo cierto es que la prohibición de que los Tribunales intervinieran en tutela de los derechos de estos particulares reclamaba, en un ordenamiento basado en el constitucionalismo liberal, algún tipo de compensación<sup>5</sup>. El constitucionalismo liberal exige al menos la separación jurídica entre el Estado y la sociedad, así como la tutela jurídica (que es tanto como decir judicial) de los derechos y obligaciones que se dan en la sociedad, justamente como garantía de la libertad y la igualdad, que son los valores que se intenta defender del Estado mediante la citada separación. Los derechos reconocidos en firme a los particulares, ya sea por ley o mediante un procedimiento tan «civil» como el contrato, deben recibir también esta clase de protección, y el hecho de que por exigencias del principio de separación de poderes se excluya la intervención de los Tribunales sólo puede significar una transformación (no eliminación) de tal forma de tutela. De ahí la figura del contencioso de plena jurisdicción, que sirve para la tutela de derechos subjetivos cuando las cuestiones litigiosas en que éstos están en juego quedan fuera del ámbito competencial de los Tribunales civiles. Todo el contencioso de plena jurisdicción está configurado a imagen y semejanza del proceso civil, incluido lo relativo a los poderes del Juez y al contenido de la sentencia<sup>6</sup>.

El segundo de los problemas que se intenta solucionar mediante el contencioso-administrativo es de naturaleza política u organizativa más que jurídica, y en todo caso carece de la nota de necesidad que caracteriza al anterior. De acuerdo

3. Se trata del ámbito de los «derechos subjetivos típicos» de GARCÍA DE ENTERRÍA. Delimitar estos derechos subjetivos es una cuestión de gran importancia, ya que se trata de un *topos* recurrente y en el que ha vuelto a apoyarse el legislador de 1998 en el art. 29.1, en la línea de la Ley Santamaría de Paredes cuando se refería a los «derechos de carácter administrativo». Lo que decide si una determinada norma administrativa genera derechos subjetivos no es, vista en este contexto, que ordene a la Administración llevar a cabo una actuación determinada en todos sus extremos o que le conceda un margen de elección mayor o menor, sino que esa actuación tenga como única finalidad tutelar el interés de un particular (pagar su sueldo a un funcionario, o el importe de una subvención al favorecido por ella), en lugar de satisfacer también intereses públicos (otorgamiento de una autorización que, por reglada que sea, significa una evaluación de la compatibilidad entre una actividad privada y determinados intereses generales).
4. A no ser que, como he indicado en la nota anterior, se trate de una relación jurídico-privada en sentido estricto, cosa que no se aceptaba en la época, ni para el común de los contratos de la Administración (aún no se había formulado la teoría sustantiva o material de los contratos administrativos), ni para el régimen de los funcionarios ni para las pensiones derivadas de ese régimen.
5. Sería otro anacronismo emplear la expresión «Estado de Derecho» para hacer referencia al régimen francés napoleónico en cuyo seno surge el contencioso-administrativo.
6. Éste es el sentido del contencioso de plena jurisdicción en su ámbito original, es decir, el de los procesos contrados en los derechos subjetivos de las partes y no en la legalidad de las decisiones administrativas (contratos, responsabilidad extracontractual, etc.): vid. CHAPUS, R.: *Droit du contentieux administratif*, cit., pgs. 193 y ss. Es el contencioso de plena jurisdicción al que se refiere normalmente la doctrina española: por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pgs. 549 y ss.

con las concepciones jurídicas dominantes en esta época, cuando no están en juego derechos subjetivos típicos, es decir, derechos subjetivos cuya tutela judicial o semi-judicial es insoslayable en un ordenamiento liberal, la actividad del Ejecutivo es principalmente cosa suya, al estar guiada y justificada por los intereses públicos, y sólo se le pueden exigir responsabilidades por ella ante otros poderes públicos u órganos estatales, o lo que es lo mismo, esa actividad sólo puede ser controlada por órganos políticos. Resulta sencillamente impensable que esta actividad administrativa la controlen los Tribunales (o bien un órgano administrativo actuando con su mismo procedimiento, que es en lo que consiste el contencioso de plena jurisdicción), pues éstos sólo pueden actuar para defender los derechos de los particulares y en estos casos no están en juego este tipo de derechos (ya que entonces estaríamos en el campo del contencioso de plena jurisdicción). La previsión de mecanismos de control jurídico de esta clase de actividad administrativa resulta así una cuestión de oportunidad. Por un lado, al tratarse de un control *administrativo* sobre una actividad también *administrativa*, ese control no supone para el ciudadano una diferencia cualitativa esencial como garantía de que la Administración vaya a actuar conforme a Derecho<sup>7</sup>. Además, hay que tener en cuenta que se acepta con normalidad que la ilegalidad de la actuación administrativa carezca como tal de consecuencias jurídicas cuando el Gobierno la asume como propia, asunción que tiene como consecuencia que sólo se la pueda censurar a través de los mecanismos de control político (muy variables en esta época y limitadísimos en el caso concreto del régimen napoleónico)<sup>8</sup>. De todos modos, la instauración de un control de estas características, encomendado a un órgano administrativo pero dotado al menos de una apariencia de imparcialidad, se percibe como una necesidad política, puesto que descargaría al Gobierno de la responsabilidad por actuaciones ilegales en las que no está políticamente interesado y además permitiría obtener satisfacción a múltiples particulares gravemente afectados por la actuación administrativa (a pesar de la afirmación dogmática de que esa actuación no lesiona derechos subjetivos)<sup>9</sup>.

7. Es decir, por un lado la propia actuación de los órganos administrativos ya está sometida a ciertas reglas (procedimiento, exigencias de imparcialidad y competencia a los titulares de los órganos administrativos, informes obligatorios de órganos asesores colocados al margen de la línea jerárquica) cuyo cumplimiento ya debería garantizar en cierta medida la legalidad de la actuación administrativa. A su vez, si se parte de que ninguno de estos mecanismos es capaz de impedir completamente las actuaciones ilegales, tampoco la previsión de un mecanismo de control administrativo (la posibilidad de recurrir ante un órgano al que se encomienda una misión específica de control) puede ofrecer una garantía completa. De ahí que el problema del control administrativo de esta clase de actividad administrativa sea sobre todo una cuestión de oportunidad y que la existencia o no de este control no suponga una diferencia *cualitativa*.

8. Como reconocerá para España COLMEIRO a propósito de la autorización ministerial requerida para el procesamiento de los funcionarios, la asunción por el Ministro (en cuanto perteneciente al Gobierno y dotado de una investidura política y no simplemente administrativa) de una actuación administrativa ilegal implica que la misma se convierte un cargo utilizable contra él en los cauces específicos del control político (moción de censura, interpelaciones parlamentarias, elecciones), en lugar de ser imputable únicamente al funcionario que la cometió (en el plano penal) o a la persona jurídica en cuyo nombre actuó, y a su vez inhibe la actuación de los mecanismos jurídicos ordinarios. Vid. *Derecho Administrativo Español*. Madrid, 1850 (reimpr. Santiago de Compostela, 1995), vol. I, §148 (pg. 69).

9. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 40.

La solución que se da, partiendo de estos presupuestos, al problema del control de aquella parte de la actividad administrativa que no lesiona derechos subjetivos de los particulares, es una solución parcial y cambiante, como corresponde a una cuestión de oportunidad, y consiste en la introducción de un mecanismo de control administrativo, el contencioso-administrativo por exceso de poder, en supuestos limitados de forma objetiva (pues sólo se puede recurrir frente a determinadas clases de ilegalidad, sucesivamente ampliadas) y subjetiva (puesto que la legitimación para recurrir se limita a los afectados por la decisión impugnada)<sup>10</sup>.

Tratándose de un sistema de control intraestatal en el que no están en juego derechos subjetivos de los particulares, la finalidad es la depuración de las actuaciones administrativas ilegales. Como la ilegalidad puede consistir en una omisión, sería teóricamente posible que la resolución del recurso consistiera en una orden dirigida a la Administración para que pusiera fin a una omisión o inactividad ilegal. La exclusión de esta posibilidad ha de ser vista, en mi opinión, no como un homenaje a la naturaleza objetiva del recurso (con la que no estaría reñida, como he dicho), sino como otra limitación más de las que se imponen al contencioso del exceso de poder. Una limitación que protege a la Administración activa frente a la intromisión de los órganos contencioso-administrativos, que tienen vedado el conocimiento del asunto hasta que se dicta un acto.

¿Qué lugar ocupan las pretensiones de condena en este modelo histórico del contencioso-administrativo? Hay que advertir, en primer lugar, que al no tratarse de un proceso judicial sólo se puede hablar de «pretensiones» en sentido amplio. En el contencioso de plena jurisdicción, las pretensiones de condena tendrán el mismo papel que en el proceso civil, siendo el tipo de acción indicado cuando el demandante actúa para solicitar la tutela de un derecho de crédito. En el exceso de poder, en cambio, sólo se conocen las pretensiones constitutivas de anulación y las declarativas de nulidad, al ser de tipo revisor y estar limitado a la impugnación de actos administrativos.

Estas graves limitaciones del sistema de justicia administrativa exigen contrapesos extrajurídicos que probablemente hay que dar por supuestos en esta etapa histórica. Digan lo que digan los dogmas formalmente vigentes, a la larga ningún Estado de Derecho tolera denegaciones flagrantes de justicia que no tengan otro fundamento que un prejuicio dogmático o sistemático. Ante la afirmación indiscriminada de que un sistema de justicia administrativa es exclusivamente revisor, se debe ser escéptico, pues es muy difícil aceptar que los contratistas de la Administración o los funcionarios carezcan de vía eficaz alguna para hacer valer sus derechos de crédito. Y, por ceñirnos al plano del exceso de poder (del que están excluidos esos dos supuestos), tampoco parece fácil de imaginar que en un Estado de Derecho los propietarios de fincas estén totalmente indefensos ante, por ejemplo, la

10. Si no se reconoce un imperativo constitucional de garantizar a los ciudadanos la posibilidad de someter a órganos judiciales independientes del Ejecutivo cualquier conflicto jurídico que les enfrente a la Administración, la organización del contencioso-administrativo pasa a ser una cuestión de pura oportunidad, como argumenta NIEVO, A.: «Los orígenes», cit., pg. 33.

persistencia de la Administración en no otorgarles la licencia urbanística requerida para la ejecución de un proyecto conforme con la normativa vigente. En un contencioso-administrativo meramente revisor y anulatorio, esos propietarios podrían obtener la anulación de cualesquiera resoluciones denegatorias de la licencia o la declaración de que una denegación presunta es contraria a Derecho, pero les sería imposible lograr una sentencia de condena con la que obligar a la Administración a otorgarles la licencia. Ello es así, y si el sistema resiste una imperfección tan manifiesta es porque en la mayoría de los casos la Administración se da por enterada de qué es lo que debe hacer para adecuar su conducta a la ley e interpreta las sentencias anulatorias o declarativas como si fuesen sentencias de condena<sup>11</sup>.

## 2. EL SISTEMA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE LAS LEYES DE 2 DE ABRIL Y 6 DE JULIO DE 1845 Y SU EVOLUCIÓN HASTA 1888

Las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, relativas respectivamente a los Consejos Provinciales y al Consejo Real, introdujeron en España por primera vez la institución del contencioso-administrativo, tomada del Derecho francés y articulada en torno a estos dos órganos, los Consejos Provinciales, que conocían en primera instancia, y el Consejo Real, que lo hacía en unas ocasiones en única instancia y en otras al resolver los recursos de apelación y nulidad que se presentaran contra las resoluciones de los Consejos Provinciales. Se trataba en ambos casos de órganos administrativos. Los Consejos Provinciales estaban presididos por el Jefe Político, máxima autoridad administrativa de la provincia. En cuanto al Consejo Real, su dependencia administrativa se acentuaba además por la técnica de la jurisdicción retenida, en virtud de la cual los asuntos contenciosos se resolvían por real decreto (los llamados reales decretos-sentencias), previo dictamen, preceptivo pero no vinculante, de dicho Consejo. El núcleo de esta forma de organizar y entender el contencioso-administrativo se mantuvo invariado hasta la Ley Santamaría de Paredes (1888), aunque es necesario recordar que en los períodos revolucionarios (1854-1856 y 1868-1874) se optó por un modelo judicialista, según una directriz ideológica común a otros Estados europeos<sup>12</sup>.

11. Toda la evolución posterior del contencioso francés en este punto, desde las Circulares de los años 80 (comentadas por GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Hacia una nueva justicia administrativa*, cit., pgs. 79 y ss.) hasta la Ley de 8 de febrero de 1995 (glosada por FERNÁNDEZ T.-R.: «Una revolución de terciopelo», cit.) han continuado en esta línea de intentar conseguir los mismos efectos de las Sentencias de condena a la Administración sin admitirlas abiertamente (al menos en el campo del recurso por exceso de poder) debido a la persistencia del dogma de la separación de poderes que estuvo hace doscientos años en el origen del contencioso-administrativo.

12. Estas intermitencias del contencioso-administrativo se deben, en primer lugar, a dos Reales Decretos de 7 de agosto de 1854, disponiendo respectivamente la supresión de los Consejos Provinciales y la creación de un Tribunal Contencioso-Administrativo (reforma que quedó sin efecto en virtud del Real Decreto de 16 de octubre de 1856, al que se refiere NIETO, A.: «Los orígenes», cit., pg. 43), y a otros dos Decretos 13 y 16 de octubre de 1868, que suprimieron la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los Consejos Provinciales y la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado y crearon Salas de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Supremo y en las Audiencias (reforma dejada sin efecto por el Decreto de 29 de enero de 1875).

Ni las Leyes de 1845 ni los Reglamentos de 1 de octubre de 1845 y 30 de diciembre de 1846, que regulan el procedimiento aplicable a la actuación de los Consejos Provinciales y el Consejo Real en asuntos contenciosos, se refieren a las pretensiones o al contenido de la sentencia como lo hacen los artículos 31-32 y 70-71 LJCA, o los artículos 41-42 y 83-84 de la LJCA/1956. En este complejo normativo sí se utiliza con toda normalidad el término «pretensiones», y todo parece indicar que el legislador entendía que este proceso se ajustaba básicamente al molde del Derecho procesal civil, por lo que sólo era necesario regular expresamente sus especialidades y hay que dar por supuesta la aplicación normal del grueso de las instituciones procesales ordinarias<sup>13</sup>.

El aludido silencio normativo y el hecho de que, por vía jurisprudencial y también como consecuencia de reformas normativas de rango reglamentario, el sistema fuera evolucionando hacia un modelo claramente revisor, cristalizado poco después por la Ley Santamaría de Paredes, ha dado lugar a una polémica entre quienes defienden que el contencioso se planteó desde su origen como revisor o al menos impugnatorio de actos administrativos previos (A. NIETO) y quienes entienden que, en su origen, era un proceso básicamente equiparable al civil, al que la propia Administración tenía que acudir al carecer de autotutela, y que, al no ser impugnatorio ni revisor, permitía la formulación de pretensiones declarativas y de condena y también el dictado de sentencias con este tipo de pronunciamientos (tesis de R. PARADA, defendida también recientemente por J. R. FERNÁNDEZ TORRES). Esta segunda tesis defiende, entre otras cosas, que el contencioso-administrativo implantado por las Leyes de 1845 permitía plantear y estimar pretensiones de condena, aunque también es cierto que en la discusión planteada éste es un aspecto menos estudiado que, por ejemplo, la necesidad de un acto previo o la titularidad por la Administración en esta época del privilegio de decisión ejecutoria<sup>14</sup>.

También en otros Estados europeos el contencioso-administrativo se veía como un privilegio inadmisibles del Ejecutivo, y fue suprimido por textos constitucionales o legislativos más avanzados o aprobados en coyunturas revolucionarias, como el art. 182 de la Constitución aprobada el 28 de marzo 1849 en la «Paulskirche» de Frankfurt, en el contexto de la revolución de 1848, para el proyectado Estado alemán unificado, o el conocido Anexo E de la Ley italiana de 20 de marzo de 1865, núm. 2248, de unificación administrativa.

13. Se mencionan las pretensiones en el art. 30 del Reglamento de los Consejos Provinciales, aprobado por Real Decreto de 1 de octubre de 1845, y en los arts. 53-54 del Reglamento del Consejo Real, aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1846, en ambos casos al regular el contenido de la demanda. El art. 77 del Reglamento de los Consejos Provinciales se remite al Derecho procesal común como supletorio. Por otra parte, hay que recordar que tampoco la LECiv regula las pretensiones o el contenido de la Sentencia del modo en que lo han venido las LJCA. Parece que es un punto ya fijado en sus líneas básicas en la conciencia jurídica común, y que sólo es preciso aclarar en aspectos concretos en que se plantean especialidades o se necesita una regulación precisa, como ocurre, por ejemplo, en las Leyes de Sociedades Anónimas y Limitadas (ante las particularidades de los acuerdos de los órganos de las mismas), de Patentes, Marcas o Competencia Desleal, o («mutatis mutandis») en la LJCA, ante las peculiaridades jurídicas del acto administrativo y de los reglamentos. De hecho, la VwGO alemana sólo regula expresamente los tipos de pretensiones y de sentencias que no tienen paralelo en el Derecho común, como se ha visto supra, en el Capítulo II.
14. Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *La formación histórica*, cit., pgs. 536 y ss.

En esta discusión los argumentos legales ocupan un papel limitado, por las razones indicadas, y los principales apoyos se han extraído de la Jurisprudencia del Consejo Real (y del de Estado, a partir del cambio de denominación)<sup>15</sup>. Sea cual sea la tesis que se sostenga a partir del estudio de esa Jurisprudencia, y sea también cual sea el resultado del estudio, en parte aún por hacer, de la conducta de la Administración activa en asuntos que después no devinieron contenciosos (estudio que parece necesario para aclarar la cuestión, también conexas, de las potestades de revisión de oficio de la Administración en esa época), entiendo que el ámbito de las pretensiones de condena era en la legislación de 1845 muy distinto al que hoy se postula desde el artículo 24.1 CE y al reconocido por las LJCA/1956 y 1998.

Precisamente por esa semejanza con el proceso civil y también porque, según la tesis más amplia, defendida por PARADA y ahora por FERNÁNDEZ TORRES, los asuntos se convierten en contenciosos (y por tanto pueden ser planteados en sede contencioso-administrativa) cuando la acción administrativa se encuentra con el obstáculo de los *derechos* de un particular, parece claro que este modelo de justicia administrativa servía básicamente para la defensa de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA ha denominado «derechos subjetivos típicos», es decir, sobre todo derechos reales de tipo civil o administrativo y derechos de crédito contra el Estado, ya sean de origen contractual, extracontractual o derivados de relaciones jurídico-administrativas (funcionarios, pensionistas, etc.)<sup>16</sup>.

Se trata, en definitiva, de un contencioso equiparable al recurso francés de plena jurisdicción (lo que abunda en la idea de que los poderes de que disponían los órganos llamados a resolver los asuntos iban más allá de la mera revisión). Lo que singulariza a nuestro Derecho respecto al francés no es, por tanto, la amplitud del contencioso introducido en 1845, sino el hecho de que entre nosotros no surgiera una vía paralela (el recurso por exceso de poder) que permitiera denunciar las ilegalidades administrativas cometidas fuera del ámbito del contencioso ordinario o de defensa de derechos.

15. Uno de los escasos argumentos normativos que sí se invocaban en la polémica entre NIETO y PARADA es el art. 1.2 del Reglamento de 30 de diciembre de 1846, por el que se regula el modo de proceder en los negocios contenciosos de la Administración que se ventilan en el Consejo Real. Al enumerar la competencia en primera y única instancia del Consejo Real, se dice que conocerá «de las demandas contenciosas á que den lugar las resoluciones de los Ministros de SM cuando el Gobierno acuerde previamente someter al conocimiento del Consejo las reclamaciones de las partes» (art. 1, núm. 2º), que podría estar recogiendo el principio revisor, es decir, la carga de formular todas las pretensiones en relación con la impugnación de un acto administrativo.

16. Otros argumentos en esta misma dirección son, por ejemplo, el hecho de que lo discrecional se considerara inasequible al contencioso-administrativo, y también que las menciones a los intereses legítimos, exclusivamente jurisprudenciales (no legales) y que sólo aparecen en contadas ocasiones y en los primeros años del funcionamiento de la jurisdicción administrativa, los consideren sólo como título de legitimación para la impugnación de actos administrativos o bien como base de obligaciones indemnizatorias de la Administración a título de responsabilidad extracontractual, pero no como punto de partida de pretensiones de condena dirigidas, por ejemplo, a la obtención de un acto administrativo en supuestos en que el demandante no tuviese un derecho subjetivo al mismo [vid. NIETO, A.: «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo», *RAP*, 57 (1968), ahora recogido en PARADA VÁZQUEZ, R.: *La Administración y los Jueces*. Caracas, 1988, pgs. 145-168, pg. 162].

El contencioso español, lejos de incorporar nuevas «aperturas» o vías de control de la actividad administrativa (como ocurrió en Francia), y no digamos ya de «subjektivizar» el Derecho administrativo, abriendo nuevos campos de la actuación administrativa, reglada o discrecional, al contencioso de derechos (como se hizo en los sistemas de justicia administrativa de los «Länder» del Sur de Alemania a través del concepto de derecho público subjetivo), sufrió, al contrario, una progresiva involución, consistente en recortar los poderes del Juez aprovechando la reordenación de la vía administrativa alrededor del concepto de acto administrativo y de los plazos de impugnación. El acto administrativo tiene como función, en efecto, estabilizar y proporcionar seguridad jurídica a las relaciones jurídico-administrativas, lo que explica el reducido juego, respecto a él, de la nulidad radical, y la previsión de plazos breves para recurrirlo y obtener su anulación<sup>17</sup>. De ahí pasó la jurisprudencia, en un salto argumental claramente injustificado y que ha sido después reiteradamente denunciado en sede doctrinal, a considerar el contencioso-administrativo como una segunda instancia y a limitar sus fallos estimatorios a la estricta anulación del acto impugnado<sup>18</sup>.

### 3. LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN LA LEY DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1888

De la Ley Santamaría de Paredes se ha destacado siempre la actitud transaccional o de compromiso que adopta respecto a la admisión y alcance del recurso contencioso-administrativo<sup>19</sup>. El legislador ve el contencioso como una libertad o derecho ciudadano más (en absoluto exigido en aquel momento por una inexistente Constitución normativa), cuya admisión ha de ser matizada para evitar que pueda limitar excesivamente un principio que considera, por lo menos, igualmente importante: la separación de poderes y la eliminación de cualquier riesgo de «gobierno de los jueces» o paralización judicial del Ejecutivo. De ahí la justificación del compromiso como principio rector del contenido de la ley aprobada, una transacción a la que se recurre en múltiples aspectos y que, pese a las apariencias, se

17. Este es el sentido de diversas disposiciones de mediados del XIX, entre las que destaca el Real Decreto de 21 de mayo de 1853.

18. Vid., por todos, PARADA, R.: *La Administración y los Jueces*, cit., pgs. 122 y ss., y FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *La formación histórica*, cit., pgs. 549 y ss.

19. En el texto se utiliza en ocasiones la denominación usual de «Ley Santamaría de Paredes», aun teniendo presentes las observaciones de MARTÍN REBOLLO, L.: *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*. Madrid, 1975, en especial en las pgs. 377-378, en el sentido de que el texto finalmente aprobado se aparta en puntos esenciales del dictamen de la Comisión competente del Congreso. Este dictamen fue firmado y respaldado sustancialmente por Santamaría de Paredes (en su doble condición de Catedrático y Diputado), si bien se negó finalmente a suscribir el Dictamen aprobado, con notables modificaciones, por la Comisión Mixta del Congreso y el Senado. De todas formas, los puntos relevantes en este trabajo, que se contienen en los arts. 1 y 2 de la Ley, proceden directamente del dictamen de la Comisión del Congreso (pg. 409 del libro de MARTÍN REBOLLO) y por tanto se pueden atribuir a Santamaría de Paredes. La idea del pacto o transacción se defendió sobre todo en el dictamen de la Comisión del Congreso, a instancia de Santamaría, al enmendar el texto, mucho más abierto, del Proyecto de Ley, como destaca MARTÍN REBOLLO: op. cit., pgs. 284 y ss.

venció significativamente del lado del Ejecutivo y de la limitación del contencioso, cuyo nivel quedó situado muy por debajo del modelo francés y del que a partir de entonces comenzaría a ser utilizado también como referente, es decir, el italiano<sup>20</sup>.

Si se compara la ley con el modelo francés, se comprueba que es enormemente restrictiva, puesto que excluye sin más el contencioso por exceso de poder, en el que el acto recurrido no lesiona un «derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante». Por otro lado, el alcance de la Ley es menor incluso que el del contencioso francés de plena jurisdicción, ya que el recurso se admitirá exclusivamente «contra resoluciones administrativas», lo que indica su carácter revisor<sup>21</sup>.

Dado su planteamiento estrictamente impugnatorio, es comprensible que la Ley no regule ni las pretensiones admisibles ni el contenido de las sentencias: es lógico deducir de su contenido (y de la jurisprudencia que la aplicó) que la única pretensión admisible es la anulatoria del acto impugnado y que éste será el único pronunciamiento de las sentencias estimatorias<sup>22</sup>. Sobre estas últimas, se limita a recordar la regla civil de la congruencia. Las pretensiones de condena están implícitamente excluidas por el carácter revisor del recurso regulado por la Ley, lo que remite a formas sustitutivas e insuficientes de tutela, como el cumplimiento espontáneo por la Administración del mandato implícito que se contiene en la sentencia anulatoria<sup>23</sup>.

20. Como es sabido, la Ley Santamaría de Paredes recurrió al compromiso ya en materia organizatoria, con el sistema «armónico» o mixto, supuestamente equidistante entre el modelo judicialista (belga hasta 1946 o inglés, seguido parcialmente en Italia) y el administrativo o de Consejo de Estado (francés). El compromiso más característico es el que supone la introducción de la cláusula general para delimitar la extensión y alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa, sistema supuestamente más generoso que el anterior de lista, previéndose a cambio numerosas restricciones del recurso (legitimación, exclusión de los actos discrecionales) e incluso de la ejecución de las Sentencias (según la famosa imagen de las «válvulas de seguridad» con las que se pretendían atajar los peligros derivados de la cláusula general).

21. En el prólogo al libro de FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa*, cit., pg. 23, E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha dicho que la Ley Santamaría de Paredes «hizo una sorprendente mezcla de las dos vías procesales francesas, tomando de cada una los contenidos más limitativos: de la plena jurisdicción, cogió sólo el cierre del recurso a quien no exhibiese precisamente derechos subjetivos perfectos, en tanto que del exceso de poder retuvo únicamente —ya que no la magnífica extensión que permitía la sola invocación de cualquier vicio de legalidad no atañente en forma de derechos subjetivos al demandante— el carácter necesariamente impugnatorio del recurso y la limitación de su sentencia al dístico anulación-absolución».

22. Sin perjuicio, como siempre, de que si el acto impugnado es nulo de pleno derecho tanto la pretensión como la Sentencia serán declarativas, y también del recordatorio de la doctrina de los vicios de orden público, desarrollada básicamente bajo la vigencia de esta Ley, y que introdujo un pronunciamiento no previsto en la Ley pero también anulatorio: la anulación de actuaciones por vicios formales con la orden (que tiene más de referencia retórica que de condena efectiva, a la vista de los medios de que se disponía para asegurar su cumplimiento) de continuar la tramitación del procedimiento desde el momento anterior al de la producción del vicio causante de la anulación.

23. Con frecuencia se completa la crítica a la Ley de 1888 diciendo que el alcance meramente revisor y anulatorio del recurso que ella regula significa que el contencioso-administrativo queda convertido en un proceso objetivo que no sirve para la tutela de los derechos subjetivos de los particulares. La discusión es en buena medida estéril, ya que toda sentencia estimatoria de un recurso contencioso-administrativo sirve para corregir una ilegalidad administrativa (aunque la Ley regule el recurso para satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial),



Puede tener algún interés destacar que estos rasgos limitativos del contencioso de la Ley Santamaría de Paredes se acentuaron durante su tramitación parlamentaria y que dicha modificación se debió, a juzgar por la justificación invocada y su escaso o nulo eco, más a posturas dogmáticas sobre la naturaleza del contencioso que a la intención política de desactivarlo, intención a la que responden claramente otras ideas de la Ley, empezando por la propia organización de esta clase de Tribunales. El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno de Sagasta el 22 de julio de 1886 (y que traía causa de otro anterior de 30 de diciembre de 1882) abría en sus artículos 14 y 17, seguramente por influencia francesa o italiana, algo muy parecido al recurso por exceso de poder, es decir, una vía de recurso distinta y adicional a la establecida en exclusiva defensa de los derechos subjetivos de origen administrativo, con la cual se podían impugnar los actos dictados «con incompetencia o con extralimitación de (...) facultades», e incluso «en aquellos negocios en que el fondo del asunto esté reservado a la exclusiva apreciación y resolución de la administración activa, cuando se haya infringido al dictarlas alguna disposición terminante de las que regulen el procedimiento administrativo en la materia»<sup>24</sup>. Con ello el contencioso no sólo no habría quedado limitado al campo estricto de la defensa de los derechos subjetivos perfectos, sino que se admitía su intervención en el reducto de la discrecionalidad administrativa, terminantemente excluida en el texto finalmente aprobado (art. 4).

#### 4. LA EVOLUCIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL CAMINO HACIA LA LEY JURISDICCIONAL DE 1956

Una vez entrado en crisis el sistema político de la Restauración, en el que había surgido el peculiar compromiso articulado por la Ley Santamaría de Paredes (sustancialmente inalterado por las reformas de 1894 y 1904), comenzarán a corregirse en la esfera local las dos principales deficiencias detectadas en el mecanismo procesal regulado en dicha Ley: la ausencia de un recurso equiparable al de exceso de poder, que tutele a quienes no puedan invocar derechos subjetivos perfectos, y

---

y a su vez sirve para satisfacer de forma más o menos perfecta algún interés subjetivo del demandante (incluso si la Ley reguladora le considera un denunciante y configura el recurso como un proceso al acto en sentido estricto). De todas formas, el recurso regulado por la Ley Santamaría de Paredes no puede ser calificado como objetivo desde el momento en que se exige, para su interposición, que el acto impugnado haya vulnerado un derecho subjetivo. Otra cosa es que, dado el alcance exclusivamente anulatorio del recurso, la tutela ofrecida a ese derecho subjetivo sea claramente insuficiente cuando lo que su titular requiera sea una actuación administrativa.

24. Los preceptos citados están reproducidos en la página 393 del libro de MARTÍN REBOLLO, L.: *El proceso de elaboración*, cit. Este autor estudia en las pgs. 150 y ss. este cambio y destaca que en la discusión parlamentaria no se planteó la necesidad de abrir una vía procesal similar al recurso por exceso de poder, que permitiera extender el control de legalidad al ámbito cubierto por él. La reforma de estos artículos se justificó sobre todo por razones de estilo, de claridad y unificación de los preceptos dedicados a regular el ámbito del recurso contencioso-administrativo. Pocos años después, A. GONZÁLEZ echaba de menos entre nosotros el recurso por exceso de poder, como explica en *La materia contencioso-administrativa*. Madrid, 1903, pg. 185.

la absoluta limitación de las sentencias estimatorias a la sola anulación del acto impugnado.

El Estatuto Municipal aprobado por Real Decreto-ley de 8 de marzo de 1924 establece en su artículo 253 el régimen básico del recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos de las Corporaciones Locales. No se modifica el régimen del recurso, que sigue siendo el de la Ley Santamaría de Paredes, pero sí se dice que tal recurso podrá interponerse, no sólo «[p]or lesión de derechos administrativos del reclamante», sino también «[p]or infracción de disposiciones administrativas con fuerza legal, cuya observación pida cualquier vecino o Corporación, aunque no hayan sido agraviados individualmente en sus derechos». Se trata, como es fácil comprobar, de una acción pública, pero que sólo permite interponer el recurso contencioso-administrativo tal como estaba regulado en la legislación general, es decir, con alcance anulatorio. Ningún avance, como se puede ver, respecto a las pretensiones de condena.

No se puede decir lo mismo del artículo 223 de la Ley Municipal republicana, aprobada por un Decreto de 31 de octubre de 1935. La Ley ahonda en esa bipartición introducida por el Estatuto Municipal, utilizando para ello los términos y la sustancia del contencioso francés. No sólo se emplean las denominaciones de recurso de plena jurisdicción y recurso de anulación, sino que se prevé expresamente que el primero «terminará por confirmación o reforma del acuerdo recurrido». De acuerdo con el concepto francés de plena jurisdicción, se supera por primera vez el carácter meramente anulatorio del contencioso-administrativo. Esa plena jurisdicción, es decir, la equiparación con los poderes de un Juez civil, abre la puerta, lógicamente, a las pretensiones y sentencias de condena, siempre que se formulen, claro está, en defensa de un derecho administrativo del recurrente. Por lo que respecta al recurso de anulación, heredero de la acción pública introducida en 1924, la aproximación al recurso por exceso de poder se manifiesta en la previsión de tres «aperturas» o motivos (vulneración de norma administrativa, vicio de forma e incompetencia) y en la exigencia de la invocación de un interés, «sin que la invocación haya de ser sometida a prueba».

Este mismo esquema se mantiene, aunque con una formulación más restrictiva, en el Texto Articulado de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950. Según su artículo 386.3, «[e]l recurso contencioso-administrativo será de dos clases: *a)* de plena jurisdicción, por lesión de un derecho administrativo del reclamante; *b)* de anulación, por incompetencia, vicio de forma o cualquier otra violación de leyes o disposiciones administrativas, siempre que el recurrente tenga un interés directo en el asunto». Se suprime la mención a la potestad judicial reformatoria en el recurso de plena jurisdicción (aunque tal vez haya que entenderla implícita en esta última denominación, so pena de hacer totalmente inútil este recurso), y se hace más estricto el requisito de legitimación en el recurso de anulación, al exigir un interés *directo*. A juzgar por los ríos de tinta que han corrido a propósito de la vuelta al simple interés legítimo en el artículo 24.1 CE, parece que no se trata de una modificación intrascendente.

Esta última versión es la que se incorpora, resumidamente, a la cláusula general de la jurisdicción contencioso-administrativa en el último párrafo del artículo 1 del texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, antecedente inmediato de la LJCA/1956. Como veremos en el capítulo siguiente, esta Ley amplió también, como las que acabamos de repasar, el alcance del contencioso-administrativo respecto al raquíptico grado de tutela ofrecido por la Ley Santamaría de Paredes, pero lo hizo de forma general (no sólo para el contencioso local) y acudiendo a un concepto técnico (el de pretensión) cuya sencillez hizo caer rápidamente en el olvido a las fórmulas de procedencia francesa a las que había recurrido la legislación local anterior. Parece claro que copiar con retraso una institución jurídica que en su momento supuso un gran adelanto en su país de origen no garantiza en modo alguno su consolidación en el ordenamiento que la acoge. Algo así puede haber sucedido entre nosotros con la pluralidad de acciones del contencioso francés, que fue ignorada por el legislador en 1845 y 1888 y llegó tarde en 1935 y 1952, cuando lo que se percibió fue sobre todo su complejidad y fue rápidamente sustituida por una fórmula, la de la pretensión como objeto del proceso, que sigue siendo en buena medida también hoy el eje de nuestro contencioso-administrativo.

## Las pretensiones de condena en la Ley Jurisdiccional de 1956

### 1. EL SISTEMA DE PRETENSIONES DE LA LEY

Es difícil exagerar la importancia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 en la evolución de nuestro Derecho público (no sólo administrativo) en la segunda (y mucho más brillante en este campo) mitad del siglo XX. Enmarcada en un movimiento de renovación legislativa de gran calado, pero a la vez con características propias frente a las demás Leyes de este período (frente a la LEF, por un lado, y frente a la LRJ-PAC y la LRJAE, por otro), supuso un enorme salto hacia adelante y además sus preceptos están redactados con una claridad y corrección técnica que casi nunca se ha vuelto a ver en los textos legales dedicados a esta materia, que normalmente oscilan entre la repetición de preceptos derogados (con o sin alteración de su sentido o colocación sistemática) y la redacción confusa y pesada.

Con todo, la LJCA/1956 ha tenido una suerte doctrinal en cierta medida adversa, al haber servido como objeto sobre el que reflejar críticas y alabanzas no siempre relacionadas con ella y sí con la jurisprudencia que la aplicó, el sistema político en el que surgió o la Constitución que se aprobó más de veinte años después de su entrada en vigor<sup>1</sup>. De ahí la necesidad, a mi juicio, de distinguir en este estudio el texto de la LJCA y su aplicación jurisprudencial.

1. Hay que tener presente que la de 1956 fue la Ley Jurisdiccional vigente durante todo el período de consolidación y expansión de la doctrina administrativista española durante la «generación de la RAP» y las posteriores (sobre los antecedentes de la Ley, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., pg. 86, nota 1). Todas las aportaciones novedosas relativas al proceso administrativo, forzosamente muy abundantes y procedentes en buena medida, como también es obligado, de la observación de modelos comparados distintos del francés hasta entonces único, se han apoyado argumentalmente en las imperfecciones de la LJCA/1956, no pocas veces magnificadas o achacables sobre todo a la jurisprudencia que la aplicó de forma excesivamente estricta. Además, al legislador y a los sucesivos Gobiernos les ha faltado interés para promover reformas limitadas, que atendieran necesidades de mejora concretas detectadas en la LJCA (ejecución, medidas cautelares), sistema que permite perfilar mucho mejor las modificaciones que se introducen y eliminar el coste (en seguridad jurídica, tiempo de adaptación, etc.) que supone todo cambio legal de grandes dimensiones. Por el contrario, se ha seguido el camino de intentar en varias ocasiones la reforma global, y las únicas reformas parciales han sido las (bastante desgraciadas) de la planta, sobre las cuales me remito a BOCANEGRA SIERRA, R.: «Comentario a los artículos 8 y 9», *REDA*, 100 (1998), pgs. 148-149.

La LJCA/1956 utiliza expresa y abundantemente el concepto de pretensión procesal, desde la propia cláusula general que define el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.1). Ya no se dan por supuestos el significado y la función de esta categoría jurídica, como ocurre en buena medida en el proceso civil y como hacían (según vimos en el capítulo anterior) las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845. La Ley no pretendía con ello sólo poner al día la terminología empleada o adaptarla a una construcción dogmática particularmente cercana a los inspiradores de la Ley, sino que el concepto de pretensión había de ser el vehículo que articulase técnicamente una de las principales innovaciones de la Ley: la unificación del recurso contencioso-administrativo (frente a la duplicidad abierta para el contencioso local por las Leyes reguladoras de Primo de Rivera y de 1935), no sobre el molde de la mera impugnación de actos administrativos (como en la Ley Santamaría de Paredes) sino teniendo como objeto las pretensiones formuladas por las partes, que deben ser deducidas en todo caso, eso sí, en relación con un acto administrativo previo<sup>2</sup>.

Esto significa que la LJCA/1956 emprende una transformación del contencioso-administrativo de grandes consecuencias sistemáticas y prácticas, pero sin apartarse completamente de los conceptos tradicionales. Dicha transformación consiste en que el contencioso deja de ser simplemente el proceso a que da lugar la impugnación de un acto (que es el punto de vista de la Ley Santamaría de Paredes), para pasar a ser el proceso a través del cual se puede formular cualquier pretensión basada en el Derecho administrativo. Para evitar, sin embargo, una ruptura excesivamente brusca, se sigue llamando «recurso contencioso-administrativo» a la acción que se formula ante este orden jurisdiccional y, aunque dicha acción ya no supone necesariamente la impugnación de un acto administrativo, se exige que las pretensiones se deduzcan «en relación con un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo»<sup>3</sup>. Éste es, a mi juicio, el origen de muchos de los problemas y frustraciones que van a surgir en la aplicación jurisprudencial de la LJCA/1956: al mantenerse la terminología impugnatoria (bien es verdad que en el marco de un sistema totalmente transformado), se va a dar pie a un amplio sector de la jurisprudencia para ignorar las posibilidades y sutilezas de la nueva regulación y seguir aplicando, en el fondo, los esquemas de tipo revisor de la Ley Santamaría de Paredes.

En la LJCA/1956 toda acción formulada ante la jurisdicción contencioso-administrativa sigue siendo un *recurso* dirigido contra un acto o un reglamento. De ahí que la primera pretensión, obligada, sea la de que se declare que el acto impug-

2. El concepto de pretensión procesal incorporado a la LJCA/1956 era el elaborado por J. GUASP, como se puede comprobar en GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho procesal administrativo*, cit., vol. II, pgs. 383 y ss., y «La pretensión procesal administrativa», cit.

3. Según se afirma en el §II.2 de la Exposición de Motivos, la Ley «[c]onserva una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es la tradicional y comúnmente admitida (...). Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo».

nado es contrario a Derecho y, en su caso, se anule<sup>4</sup>. Además, quien sea titular de un derecho subjetivo frente a la Administración demandada (art. 28.2) podrá pretender también que se reconozca ese derecho y se adopten las medidas necesarias para su pleno restablecimiento (art. 42), lo que supone indirectamente la admisión de las pretensiones de condena<sup>5</sup>. Nótese que la posición y función del acto administrativo impugnado es siempre la misma en esta Ley, aunque en unos casos sea ese acto la causa única de la lesión que sufre el demandante (por ejemplo, cuando se le impone una sanción) mientras que en otros (impago de una beca, por ejemplo) esa lesión se deriva de una inactividad de la Administración y el acto impugnado es una simple manifestación de voluntad expresa o presunta que provoca el particular para «vincular la instancia» y poder plantear su pretensión en vía contencioso-administrativa.

Se puede decir que, en materia de pretensiones, la LJCA/1956 parte de una regulación sumamente restrictiva (la de la legislación de 1888-1894, parcialmente corregida por la regulación del contencioso local) y utiliza la terminología italiana (derecho subjetivo e interés legítimo) para superar ese punto de partida y llegar al sistema clásico francés (recursos de plena jurisdicción y por exceso de poder) pero evitando asumir expresamente la dualidad de recursos, lo que creará una cierta ambigüedad utilizada por la Jurisprudencia en unos casos para ir más allá de lo previsto en la Ley y en otros para restringirla injustificadamente<sup>6</sup>.

Ya he recordado cómo la Ley de 1888 refundió las dos vías de recurso del contencioso francés de forma sumamente restrictiva, puesto que el recurso contencioso-administrativo sólo era admisible, de acuerdo con esa Ley, contra actos que

4. En este sentido, TRUJILLO PEÑA, J., C. QUINTANA REDONDO y J. A. BOLEA FORADADA: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 682.

5. Se trata de preceptos legales claros que, por tanto, no necesitan interpretación. La explicación formulada en el texto está corroborada, por ejemplo, por TRUJILLO PEÑA, J., C. QUINTANA REDONDO y J. A. BOLEA FORADADA: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 421 y 428-429; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Algunas notas sobre el proceso contencioso-administrativo», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1974, pgs. 271-325 (pg. 275); CORDÓN MORENO, F.: *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona, 1979, pgs. 27 y 31 (nota 9), o GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 205-206. Refiriéndose a las pretensiones que van más allá de la anulación (lo que incluye a todas las pretensiones de condena), dicen que «la legitimación viene determinada por la titularidad del derecho subjetivo en que se basa aquella situación jurídica. Aquí ya no basta la existencia de un mero interés, como según hemos venido diciendo se exige para solicitar la mera anulación del acto recurrido, sino que es necesario ser titular de un derecho». Más adelante (pg. 703) añaden que las pretensiones de condena «hay que entenderlas subsumidas hoy en las de reconocimiento de situación jurídica individualizada y adopción de medidas adecuadas al restablecimiento de la misma».

6. En la Exposición de Motivos (§IV.4) se razona el rechazo a la dualidad de recursos. Fundamentalmente se aducen dos motivos: esa división carece de tradición en Derecho español (pues el único precedente es la Ley Municipal de 1935) y carece de sentido establecer dos cauces procesales en función del vicio que se impute al acto impugnado, cuando lo verdaderamente relevante es que ese acto sea conforme o contrario a Derecho. Hay que decir que esta explicación margina el que probablemente es el fundamento principal de que algunos sistemas de justicia administrativa establezcan una pluralidad de acciones, es decir, la conveniencia de atender específicamente las diferentes clases de pretensiones que pueden formular los demandantes (impugnatorias de actos administrativos, pretensiones de condena no relacionadas con dicha impugnación, etc.), que a veces plantean problemas diferentes y no pueden ser reconducidas fácilmente a un mínimo común denominador normativo.

lesionasen un derecho subjetivo (lo que dejaba fuera todo el ámbito del exceso de poder) y además su objeto sólo podía ser la impugnación del acto, lo que excluía las pretensiones declarativas o de condena. En la LJCA/1956 al titular de derechos subjetivos se le permite obtener una tutela judicial mucho más amplia, que incluye la formulación de toda clase de pretensiones, incluidas las declarativas y las de condena, lo que supone alcanzar el nivel del recurso francés de plena jurisdicción<sup>7</sup>. Por otra parte, a los titulares de simples intereses legítimos, es decir, a los afectados por un acto administrativo, se les permite presentar un recurso contra ese acto para obtener su anulación, lo que equivale al recurso francés por exceso de poder<sup>8</sup>.

La diferencia que existe entre esas dos vías procesales (puesta de manifiesto al comparar los arts. 28, 42, 43 y 84) es mayor y más profunda que la que puede existir entre las diversas pretensiones que cabe formular ante la Jurisdicción Civil

7. Típica sentencia de condena de esta época es la que declara el derecho a la obtención de una licencia urbanística previamente denegada, como por ejemplo la de 29 de marzo de 1969 (RJ 1969, 2373). Algunas Sentencias, como la de 16 de abril de 1992 (RJ 1992, 3834), entienden que el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa impide dictar sentencias condenatorias contra la Administración, aunque no declarar que el demandante tiene derecho a una determinada actuación administrativa. En realidad, o bien ambas cosas son exactamente lo mismo (luego la objeción y el rodeo formal son innecesarios) o bien la sentencia declarativa constituye una tutela insuficiente y por tanto inconstitucional (si no declara correlativamente una obligación a cargo de la Administración o no es susceptible de ejecución). Huelga decir que esta proscripción de las sentencias de condena carecía de base normativa en la LJCA/1956. En relación con este punto se ha producido un cierto debate sobre si la mención al derecho subjetivo en el art. 28 de la Ley era un simple requisito de legitimación o bien tenía una superior trascendencia sustantiva. Una corriente doctrinal interpretó la LJCA/1956 a partir de los conceptos italianos calificando el derecho subjetivo y el interés legítimo como dos títulos distintos de legitimación procesal. Posteriormente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha criticado esta reducción del problema a lo meramente procesal, primero en «Sobre los derechos públicos subjetivos», cit., y ahora en el *Curso* (con T.-R. FERNÁNDEZ), cit., vol. II, pg. 47.

La LJCA/1956 habla en el art. 28 de «legitimación» y ésta es en todo caso un requisito procesal cuya falta de concurrencia da lugar a la inadmisión (por auto o por sentencia absolutoria de la sentencia) y no a la desestimación de la demanda (art. 82). Sin embargo, de ese precepto se deduce necesariamente una consecuencia ulterior, que la Ley no expresa directamente sino a través de una norma oblicua y aparentemente instrumental (en cuanto procesal): si el simple interesado carece de legitimación y por tanto no puede obtener ni siquiera una decisión judicial sobre el fondo de la pretensión, no tiene ninguna posibilidad de que ésta sea estimada, lo que significa lógicamente que la titularidad de un derecho subjetivo es, para la LJCA/1956, un presupuesto de fondo de la estimación de las pretensiones de condena. En el sistema de justicia administrativa creado por dicha Ley, las pretensiones de condena sirven para la tutela de los derechos subjetivos del demandante y no para la protección de simples intereses legítimos. Una norma aparentemente relativa a la legitimación significa en realidad una restricción del *derecho de acción* o de acceso a los Tribunales, que se reconoce sólo (en cuanto a las acciones que vayan más allá de la simple anulación del acto impugnado) a los titulares de derechos subjetivos, lo que queda por debajo, como es notorio, del nivel garantizado por el art. 24.1 CE.

8. Si en Francia esa división surgió intuitivamente y la exigencia de un interés como requisito de legitimación comenzó siendo una regla creada por el Consejo de Estado, en la España de 1956 era necesario algún apoyo conceptual para justificar un cambio tan marcado respecto a la Ley de 1888. Ese apoyo lo da el Derecho italiano, en el que la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo había sido incesantemente elaborada en la doctrina al ser el criterio delimitador de la competencia de la «justicia administrativa» (radicada a partir de 1889 en el Consejo de Estado y desde 1971 también en Tribunales regionales de primera instancia) y de la justicia ordinaria o civil, que conoce de las cuestiones litigiosas derivadas de actuaciones administrativas que afecten a derechos subjetivos. En cierto modo es un largo rodeo para volver al punto de partida.

(la declarativa y la de condena, por ejemplo). En cualquier orden jurisdiccional la deducción de una u otra pretensión supone que la obtención de una sentencia estimatoria estará supeditada a la concurrencia de unos u otros requisitos y a su vez el contenido de la sentencia estimatoria depende de la pretensión. En el caso de la LJCA/1956, las diferencias son más profundas y afectan a la naturaleza de la función ejercida por el Juez en uno y otro caso.

El recurso «de plena jurisdicción» (arts. 28.2 y 42) es una acción típicamente subjetiva, un proceso sobre derechos. La demanda se estima si el actor es realmente titular del derecho invocado y se desestima en caso contrario<sup>9</sup>. En el otro caso, es decir, el del recurso que presenta quien no es titular de un derecho subjetivo con el fin de lograr la anulación de un acto administrativo que le afecta personalmente, el proceso versa sobre la legalidad del acto impugnado. La conexión de ese acto con la esfera subjetiva del demandante (es decir, su condición de interesado) es un requisito de admisibilidad<sup>10</sup>. No se trata solamente de que, por razones prácticas, la verificación de ese presupuesto se adelante a un momento procesal anterior a la sentencia, sino que, incluso cuando esta cuestión se debate en la sentencia, es previa al debate sobre la estimación o desestimación de la demanda e irrelevante para este último debate<sup>11</sup>.

Lo que regula la LJCA/1956 es un recurso de anulación abierto a los afectados por los actos administrativos. Esa condición de estar afectado por el acto que se

9. Como esta acción va «montada» necesariamente, por imposición de la ley, sobre la impugnación de un acto administrativo, se puede dar un resultado intermedio que consiste en que se desestime la demanda de plena jurisdicción pero se anule el acto impugnado.

10. Como se deduce del art. 82 b) y, «a contrario», del 83.2 y 84 a) y b).

11. Así, para la LJCA/1956 el interés legítimo no es una posición jurídica subjetiva como el derecho subjetivo, de menor entidad pero relevante como toda posición jurídica subjetiva para delimitar la tutela judicial que el demandante puede solicitar y el contenido de la sentencia estimatoria. El interés legítimo permite al demandante, en la LJCA/1956, acceder a un tipo de proceso de naturaleza distinta al de plena jurisdicción, como se puede comprobar si se analiza la función procesal que se reconoce respectivamente al derecho subjetivo y al interés legítimo.

En los procesos de plena jurisdicción, es decir, los que tienen por objeto la tutela de un derecho subjetivo, la invocación de éste puede ser calificada por el legislador como un requisito de admisibilidad, puesto que la ausencia de esa invocación indica que la acción carece de uno de los requisitos elementales, lo que justifica su inadmisión. En esto consiste la inadmisión por falta de legitimación. En el trámite de admisión se verifica si el demandante ha invocado la titularidad de un derecho cuya protección o ejercicio son los que dan lugar a la formulación de la pretensión. Lo que se trata de evitar es que el órgano judicial entre a analizar, a petición del demandante, un determinado problema jurídico (es decir, el fondo de la pretensión), si ese demandante no tiene derecho a provocar esa actividad judicial porque no interviene en defensa de sus derechos sino que el objeto litigioso le es ajeno. Lo que no se puede examinar en la fase de admisión es si el demandante es realmente titular del derecho subjetivo invocado, pues esto es justamente lo que se verifica al decidir el fondo del asunto, es decir, al estimar o desestimar la demanda.

En cambio, la titularidad de un interés legítimo, es decir, la condición de interesado, sólo significa que un acto administrativo afecta personalmente a un sujeto, es decir, le concierne a él más que a la generalidad de los ciudadanos. Esa influencia se produce de todos modos, con independencia de que el acto sea conforme o contrario a derecho (sólo que en el primer caso será legítima y en el segundo, no). De ahí que, por un lado, la cuestión de la titularidad de un interés legítimo se pueda decidir en el trámite de admisión, y que, además, si la pretensión es únicamente de anulación del acto impugnado (que es la única admisible para los



pretende impugnar es un requisito de legitimación y como es propio de los requisitos de legitimación su ausencia da lugar a la inadmisión del recurso (aunque se declare en la sentencia). Para decidir la estimación o desestimación del recurso (es decir, a la hora de resolver sobre el fondo del asunto), lo que se examina es la legalidad del acto impugnado desde todos los puntos de vista, sin necesidad de que la norma supuestamente infringida por la Administración al dictar el acto sea una norma que tutele al demandante o esté relacionada con sus intereses<sup>12</sup>. De ahí que el recurso de anulación de la LJCA/1956 sea un recurso *objetivo*, puesto que se centra en la legalidad del acto impugnado y no en si el demandante tiene o no un derecho que la sentencia deba reconocer. Ciertamente la estimación del recurso contencioso-administrativo beneficia al demandante (piénsese en el caso de un sancionado), pero esto no se opone necesariamente a la naturaleza objetiva del recurso<sup>13</sup>. La tutela de las posiciones subjetivas de los demandantes es un simple resultado reflejo de la estimación de recursos contencioso-administrativos que la Ley configura objetivamente. Prueba de ello es que, cuando lo que esas mismas posiciones jurídicas (intereses legítimos) exigen es una actuación positiva de la Administración, la LJCA/1956 no les ofrece ninguna solución, puesto que el recurso anulatorio no puede ir más allá, evidentemente, de la anulación del acto impugnado, y para el de plena jurisdicción hace falta la titularidad de un derecho subjetivo (arts. 28.2 y 42)<sup>14</sup>.

Como ya he dicho más arriba, una originalidad de la LJCA/1956 frente al modelo francés (al que en lo demás se reengancha) estuvo en no acoger expresa-

simples interesados, según los arts. 83 y 84), la titularidad del interés legítimo sea indiferente para su estimación o desestimación.

12. Aquí se puede comprobar, una vez más, la diferencia con un sistema totalmente subjetivo como el alemán (diferencia que no significa necesariamente superioridad de éste, como he defendido en el Capítulo IV). En Derecho alemán es perfectamente posible e incluso frecuente que un particular impugne un acto que le perjudica directamente y la sentencia declare que el acto es ilegal pero que la norma cuyo incumplimiento determina esa ilegalidad es una norma que sólo pretendía tutelar intereses públicos, por lo que el particular demandante no tiene derecho a que el Tribunal anule el acto impugnado. Esto sucede, por ejemplo, si una empresa impugna una subvención concedida a un competidor argumentando que dicha subvención se ha otorgado sin consignación presupuestaria previa.
13. Se debe tener en cuenta que, como he dicho supra, la calificación de un recurso o de una acción procesal como subjetiva u objetiva es más sistemática que práctica. Las acciones subjetivas también sirven para garantizar el cumplimiento de la legalidad (como sucede con todo el Derecho privado y los procesos civiles y laborales) y a su vez las acciones objetivas tutelan en muchos casos determinadas posiciones subjetivas. De hecho, el establecimiento legal de una acción de tipo objetivo puede permitir al Estado satisfacer una exigencia política (la de que se abra un cauce procesal al que puedan acudir determinados ciudadanos) pero manteniendo cierta capacidad de control sobre el cauce procesal que se ha creado, lo que le permite evitar consecuencias no deseadas. Desde un punto de vista jurídico, lo que importa es si existe algún mandato suprallegal que obliga al legislador a establecer un ordenamiento procesal que garantice la tutela judicial de algún tipo de posiciones subjetivas (como hace el art. 24 CE), pues en ese caso no le queda otro remedio que dar a la Justicia administrativa un cariz claramente subjetivo.
14. Dicho más claramente, la Ley de 1956 ofrece a los particulares una vía de derecho con la que pueden exigir la anulación de todo acto administrativo ilegal que les afecte. Lo que no les reconoce es el derecho a que se imponga a la Administración, mediante el tipo de Sentencia que proceda en cada caso, el cumplimiento de aquellas normas jurídico-públicas en cuya ejecución estén interesados.

mente la dualidad de recursos<sup>15</sup>. La existencia de dos cauces procesales tan diferentes entre sí no se refleja en una denominación diferente, sino que se tiene en cuenta al regular la legitimación (art. 28), las pretensiones (arts. 41-42) y el contenido de la sentencia (art. 84)<sup>16</sup>. Las profundas divergencias entre las dos fórmulas procesales reguladas no son, sin embargo, difíciles de percibir, como ha podido verse en este repaso de los preceptos de la Ley, ni ello exige dar a los mismos una interpretación alejada de su tenor literal.

El mantenimiento de la unidad del recurso contencioso-administrativo supone que en algunos puntos se aplica a una de las acciones reguladas en la Ley un régimen que no es neutro sino que se adapta especialmente a la otra. Así, la propia denominación de «recurso», si bien es lógica en el de exceso de poder, es cuando menos impropia en el de plena jurisdicción, en el que lo decisivo es el derecho invocado por el demandante y no la respuesta (en caso de que la haya) que la Administración pueda haber dado a su solicitud. Todavía más importante es el hecho de que la Ley obliga a deducir todas las pretensiones «en relación con» un acto administrativo *también en la acción de plena jurisdicción*, cuando lo lógico sería que en este caso, si se estima conveniente que se tramite una vía administrativa previa para dar a la Administración la oportunidad de satisfacer extrajudicialmente las pretensiones del demandante, se trate de una reclamación análoga a las que se han regulado en vía civil y laboral, sin hablar de acto administrativo ni de su impugnación<sup>17</sup>.

15. Vid. el §IV.4 de la Exposición de Motivos, donde se justifica la concepción unitaria del recurso contencioso-administrativo debido a que el criterio que determina la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo es su respeto a la totalidad del ordenamiento jurídico, sin que exista una lista de motivos tasados de ilegalidad como ocurre en el recurso francés por exceso de poder.
16. Como afirma DEL SAZ, S.: «Origen, desarrollo y plenitud de la justicia administrativa», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Madrid, 1993, vol. II (coordinado por L. MARTÍN-RETORTILLO), pgs. 1249-1287, pgs. 1280-1281, «se introduce en la Ley de 1956 la legitimación por interés, hasta entonces desconocida en nuestro ordenamiento, aunque ello no conduce a la regulación a semejanza del modelo francés de dos tipos de recursos: el de plena jurisdicción y el de simple anulación, ambos unificados en un mismo recurso contencioso-administrativo. No obstante, la dualidad de recursos vuelve a aparecer cuando se regulan los efectos de las Sentencias ya que según el art. 84 de la Ley cuando la sentencia estime el recurso anulará total o parcialmente el acto recurrido (efecto propio del recurso de anulación) y, en su caso, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma (efecto del contencioso de derechos)».
17. He aquí una de las principales coartadas que han permitido a un importante sector jurisprudencial seguir interpretando la LJCA/1956 en clave exclusivamente revisora, y en la que sin embargo no se ha insistido porque se ha estudiado esta cuestión sin partir de un examen objetivo de la Ley. Esta versión del principio revisor no la recogía la primera regulación de nuestro contencioso: según afirma PARADA, R.: «Réplica a Nieto», en *La Administración y los Jueces*, cit., pgs. 176 y ss., en el contencioso de las Leyes de 1845, si se exigía a los particulares que acudieran a la Administración activa antes de formular sus pretensiones en vía contenciosa era con la misma función de las actuales reclamaciones previas, sin que ello convirtiera la acción en un recurso impugnatorio ni el acto administrativo pasara a convertirse en objeto del proceso.  
En este sentido, la opción unitaria en la construcción del recurso contencioso-administrativo supone dar el mismo tratamiento a dos situaciones radicalmente diferentes. Por un lado, el recurso contencioso-administrativo como medio de defensa o de reacción jurídica ante actos

El lado positivo de la construcción unitaria del recurso contencioso-administrativo es que da pie a los Tribunales, en cierto modo, para otorgar al recurso de anulación un alcance más amplio que el que la Ley le reconoce expresamente, mejorando la tutela ofrecida a los titulares de intereses legítimos<sup>18</sup>. Sobre ello insistiré en el epígrafe siguiente, dedicado a la aplicación jurisprudencial de la LJCA/1956.

A modo de conclusión de este análisis del texto de la LJCA/1956, debe recordarse que esta Ley exige la invocación de un derecho subjetivo para que se pueda formular una pretensión de condena. Respecto al concepto de derecho subjetivo que la Ley maneja, nada hace pensar que sea más amplio que el de la Ley Santamaría de Paredes. Derecho subjetivo es, en este contexto, un derecho de crédito que se corresponde a una obligación administrativa definida en todos sus elementos, de modo que lo único que debe hacer la Administración en relación con el mismo es satisfacerlo mediante el cumplimiento de su obligación. Los ejemplos típicos son los derechos de los funcionarios, contratistas, concesionarios, etc.<sup>19</sup>. Respecto a los demás sujetos perjudicados por una inactividad administrativa ilegal, que también necesitan una sentencia de condena para obtener una tutela efectiva de sus intereses jurídicos, la Ley sólo les permite obtener la anulación de una eventual resolución administrativa denegatoria o la declaración de que la denegación presunta es contraria a derecho. Por tanto, acaban dependiendo, igual que bajo la Ley Santamaría de Paredes, de que la Administración interprete esa sentencia anulatoria (y dirigida, por tanto, hacia el pasado) como una condena o como una declaración de lo que debe hacer para adecuar su conducta a derecho, y la cumpla.

## 2. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY

La doctrina ha destacado insistentemente la importancia de la aplicación jurisprudencial de la LJCA/1956 a la hora de valorar sus efectos prácticos. Aunque se han destacado avances significativos e incluso casi revolucionarios respecto al texto

---

administrativos que lesionan derechos o intereses del recurrente (una sanción, una liquidación tributaria, una subvención de cuantía inferior a la legalmente prevista, etc.). Por otro, el recurso contencioso-administrativo como demanda dirigida a obtener el reconocimiento y/o satisfacción de un derecho subjetivo del que se es titular frente a la Administración, supuesto en el cual el acto administrativo impugnado (en la terminología de la Ley) es sólo un presupuesto procesal, es decir, la manifestación de que se ha formulado previamente la solicitud en vía administrativa. La relación entre el acto y las pretensiones es muy distinta en uno y otro caso, y sin embargo la Ley unifica ambos supuestos encomendándose a la fórmula (no técnica) de que las pretensiones se deduzcan «en relación con» un acto.

18. En ello ha insistido especialmente GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Sobre los derechos públicos subjetivos», cit., y con FERNÁNDEZ, T.-R.: en el *Curso*, cit., vol. II, pg. 574. Según este autor, los Tribunales Contencioso-Administrativos han entrado a resolver sobre el fondo de cuantas pretensiones se han deducido ante ellos (no sólo anulatorias, sino también de condena), sin exigir rigurosamente la invocación de un derecho subjetivo, y ello a partir del hábito judicial de responder a las pretensiones deducidas.

19. Vid. TRUJILLO, J., C. QUINTANA y J. A. BOLEA: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 428-429.

legal<sup>20</sup>, en general se ha subrayado su influencia negativa, que ha desactivado muchas de las posibilidades abiertas por dicha Ley<sup>21</sup>. A continuación me detendré en algunos de los aspectos más significativos para las pretensiones de condena<sup>22</sup>.

Se ha achacado siempre a la jurisprudencia el haber llevado el principio revisor mucho más allá de lo exigido por la Ley, de tal modo que los Tribunales se han escudado continuamente en el acto recurrido para eludir pronunciarse sobre el fondo de pretensiones incómodas<sup>23</sup>. La expresión «en relación con», empleada por el artículo 1.1 de la LJCA/1956, ha sido objeto de una interpretación muy restrictiva, al objeto de negar por diversos expedientes que el acto impugnado fuese cobertura suficiente para permitir el planteamiento de las pretensiones deducidas. En este trabajo no tiene sentido profundizar en un tema minuciosamente estudiado y que nada nos puede aportar ahora, puesto que es indudable que el carácter revisor del contencioso-administrativo, tal como lo recoge la LJCA/1956, no impide en absoluto la deducción de pretensiones de condena. Todo lo más impone al particular (y no en todos los casos) la carga de formular esa solicitud previamente en vía administrativa, y el efecto de la jurisprudencia restrictiva es dificultar el cumplimiento de esta carga<sup>24</sup>.

Mucho más importante desde la perspectiva de este trabajo es la evolución jurisprudencial del tratamiento de los intereses legítimos, en especial de su acceso a las pretensiones de condena. En el epígrafe anterior hemos visto que la LJCA/1956 exige claramente la invocación de un derecho subjetivo para que sea admisible una pretensión de condena. Los intereses legítimos sólo habilitan a sus titulares para interponer recursos anulatorios. E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha afirmado que, al amparo de la relativa ambigüedad propiciada por la construcción unitaria del recurso contencioso-administrativo, los Tribunales Contencioso-Administrativos comenzaron a estimar pretensiones de condena sin exigir la titularidad de un derecho subjetivo, es decir, en supuestos en que los demandantes eran simplemente afectados por el acto administrativo impugnado<sup>25</sup>. La base de una Jurisprudencia

20. Me refiero sobre todo a la jurisprudencia, destacada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 574, que estimó pretensiones de condena a pesar de que los demandantes invocaban sólo intereses legítimos, o a la línea del Tribunal Supremo, de que dio cuenta NIETO A.: en «La inactividad material de la Administración», cit., pg. 23, que se pronunciaba sobre el fondo de pretensiones de condena a partir de simples denuncias no atendidas.
21. Así en FERNÁNDEZ, T.-R.: «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *RAP*, 73 (1974), pgs. 151-177; BOCANEGRA, R.: *El valor de las Sentencias*, cit., pgs. 123-124; FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisprudencia administrativa revisora*, cit., pgs. 39 y ss.
22. En general sobre las características y la evolución de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa española, vid. BALLBÉ, M.: «Jurisprudencia administrativa», cit., texto que es la introducción a una serie de crónicas de jurisprudencia.
23. Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisprudencia administrativa revisora*, cit., pgs. 169 y ss.; FERNÁNDEZ, T.-R.: «Sobre el carácter revisor», cit.; LINDE PANIAGUA, E.: «¿Crisis del principio revisor del proceso contencioso-administrativo?», cit.; MUÑOZ MACHADO, S.: «Nuevos planteamientos», cit.; TORNOS MAS, J.: «La situación actual», cit.
24. En el Capítulo X estudiaré la vía administrativa previa en las pretensiones de condena.
25. Vid. «Sobre los derechos públicos subjetivos», cit., y últimamente el *Curso* (con FERNÁNDEZ T.-R.), cit., vol. II, pg. 574: «Bien es sabido que el hábito judicial de resolver sobre todas las pretensiones de la demanda hizo pronto en España ilusoria la rígida distinción de pronuncia-

tan separada del tenor literal de la Ley habría sido, simplemente, el hábito judicial de resolver las pretensiones formuladas por las partes, aunque no faltan sentencias en las que se argumenta expresamente sobre la legitimación, dando una interpretación muy amplia del derecho subjetivo a efectos de legitimación<sup>26</sup>.

Las declaraciones jurisprudenciales, con frecuencia meros «obiter dicta», no permiten hacerse con facilidad una idea del modo en que los Tribunales exigieron en la práctica el cumplimiento de los requisitos de legitimación, cuestión que hoy sólo importa a efectos de formular un juicio histórico sobre su actuación, lo que no es objeto de este trabajo. Si es fácil encontrar sentencias en las que se recuerda y se aplica la distinción legal, es decir, en las que se exige la invocación de un derecho subjetivo como requisito de legitimación de las pretensiones que vayan más allá de la anulación del acto impugnado, también es cierto que la exigencia se enuncia en términos tan amplios que podrían considerarse incluidos, no sólo los derechos subjetivos afectos a un acto administrativo (típico ejemplo del funcionario respecto a su retribución o el contratista al pago del precio), sino derechos lesionados por una actuación administrativa, que son en realidad el substrato de lo que debe calificarse como intereses legítimos<sup>27</sup>. De todas formas, no hay que olvidar que en otras ocasiones la jurisprudencia opta por exigir la invocación de un derecho subjetivo en sentido estricto para admitir una pretensión de condena<sup>28</sup>.

Este movimiento jurisprudencial supone una mejora muy relevante de la tutela judicial ofrecida por el contencioso-administrativo y en particular amplía considerablemente el campo de las pretensiones de condena, de tal forma que se alcanza,

---

mientos que los arts. 41, 42 y 84 b) la Ley Jurisdiccional de 1956 pretendieron imponer dogmáticamente. Desde el origen mismo de la Jurisprudencia sobre dicha Ley fue ya normal incluir pronunciamientos de condena en las acciones puramente anulatorias del art. 41». En sentido similar, ESCUSOL BARRA, E. y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, cit., pg. 335, que «[h]oy en día, la distinción entre pretensiones de anulación y de plena jurisdicción ha perdido nitidez, siendo traspasada sin problemas por nuestros Tribunales que superan, siempre que les es posible, las imprecisiones que pueden existir, con alguna frecuencia, en los suplicos de los escritos de demanda».

26. Así, en la Sentencia de 7 de febrero de 1978 (RJ 1978, 581), relativa al desalojo (en vía de hecho) de un puesto en un mercado, que el demandante ocupaba en precario. Alegada por la Administración la falta de un derecho subjetivo y por consiguiente de legitimación para formular la pretensión de realojo, la Sentencia examina la situación jurídica del demandante y rechaza tal alegación porque «sea cual fuere el alcance, esa mera tenencia es justamente la situación jurídicamente restablecida "in genere"».

27. Un ejemplo de esta ambigüedad lo podemos contemplar en la Sentencia de 4 de julio de 1967 (RJ 1967, 2876), en la que el demandante solicitaba la anulación de una licencia de obras que afectaba a terrenos vecinos a su vivienda, y la reposición de la calle en cuestión al ser y estado anterior a la realización de las obras. Anulada por motivos formales la licencia impugnada, la Sentencia se extiende a recordar el doble rasero a efectos de legitimación en función de la pretensión deducida, pero en unos términos que permiten pensar que también se hubiese reconocido legitimación a este vecino para formular una pretensión de condena: «cuando se postula, además de la anulación del acto impugnado, la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de una situación jurídica (...) la causa de pedir, no es la simple infracción del Ordenamiento jurídico, y, por consiguiente, no es dable adoptarlas, como consecuencia de la anulación, sin justificarse en el proceso la existencia y vulneración del derecho que se atribuya al recurso».

28. En este sentido, ESCUSOL BARRA, E. y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, cit., pgs. 331-333.

antes y al margen de la aprobación de la Constitución, el nivel exigido por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos *e intereses legítimos* (en el sentido que he propuesto en el Capítulo IV).

En cuanto a los argumentos invocados por la jurisprudencia (se entiende antes de la aprobación de la CE, puesto que después el art. 24.1 es ya un fundamento suficiente, como veremos a continuación), el del hábito judicial de resolver las pretensiones formuladas es claramente insuficiente y remite más bien a una especie de anarquismo judicial, más o menos simpático por el resultado alcanzado en este caso pero no recomendable<sup>29</sup>. Otra trayectoria argumental que habría llevado, de forma mucho más justificada, al mismo resultado, es la interpretación extensiva del concepto de derecho subjetivo, como se ha hecho en Alemania<sup>30</sup>. Sin embargo, esa vía quedó inédita, debido sobre todo, probablemente, a la ausencia en aquel momento de una tabla de derechos fundamentales que es imprescindible en ese esfuerzo de interpretación extensiva.

La aprobación y entrada en vigor de la CE es muy importante para la interpretación y aplicación judicial de la LJCA/1956. A partir de ese momento, algunas de sus ideas básicas (en especial la tutela limitada que dicha Ley ofrecía a los intereses legítimos) devienen inconstitucionales, lo que reclama la derogación o, si es posible, la interpretación conforme a la CE de las normas que las recojan. Por otro lado, las anteriores líneas jurisprudenciales que se despegaban del texto de la LJCA en el sentido recogido luego por la CE reciben el fundamento jurídico de que antes carecían. En el tema de las pretensiones de condena, aunque no se registra una rectificación explícita de líneas jurisprudenciales anteriores ni menos aún la declaración de inconstitucionalidad de ningún precepto de la LJCA/1956 (por ejemplo, los que se limitan a la de anulación las pretensiones deducibles a partir de intereses legítimos), sí se aprovechan las brechas abiertas por la jurisprudencia anterior y sobre todo se insiste en una interpretación más amplia del interés legítimo.

### **3. LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO SUPUESTO TALÓN DE AQUILES DE LA LEY JURISDICCIONAL DE 1956**

Una de esas aportaciones doctrinales surgidas durante la vigencia de la LJCA y que, como he dicho en la nota 1 de este capítulo, se han apoyado dialécticamente en una interpretación negativa de sus posibilidades, es la doctrina de la inactividad

---

29. Si bien la labor judicial consiste básicamente en resolver las pretensiones formuladas por las partes, estimándolas o desestimándolas, y ese hábito les habría llevado a resolver también las pretensiones carentes de los requisitos legalmente exigidos, también pertenece a esa función el verificar si concurren los presupuestos de admisibilidad (en este caso, la invocación de un derecho subjetivo). Inadmitir también es un hábito judicial, y en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, un hábito más arraigado que el de dictar sentencias de condena.

30. Vid. supra, en el Capítulo IV.

administrativa<sup>31</sup>. A partir del conocido artículo de A. NIETO publicado en el número 37 de la *RAP*, no ha dejado de afirmarse, con o sin cautelas, que el carácter revisor del recurso contencioso-administrativo tal y como estaba regulado en la LJCA/1956 impedía atajar la inactividad administrativa ilegal (o inactividad a secas, puesto que para GÓMEZ PUENTE sólo es inactividad en sentido estricto la inactividad ilegal)<sup>32</sup>.

31. Sobre la inactividad administrativa se ha producido una abundante bibliografía. Vid. el trabajo pionero de NIETO, A.: «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», cit., así como su revisión en «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», *DA*, 208 (1986), pgs. 11-64 [así como los demás trabajos publicados en número 208 de *DA* (1986)]; COCA VITA, E.: «Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración», *REDA*, 17 (1978), pgs. 290-300; TORNOS MAS, J. Joaquín: «La situación actual», cit., pg. 113; GABALDÓN LÓPEZ, J.: «La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración», en *Administración local y Administración de Justicia*. Madrid, 1977, pgs. 263-315; GARRIDO FALLA, F.: «La vía de hecho y la inactividad de la Administración», en *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 26 (1996), pgs. 15-24; «El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones», en GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Dir.): *Tribuna sobre la reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1997, pgs. 99-112; QUINTANA LÓPEZ, T.: «La inactividad de la Administración como acto administrativo tácito», *Pj*, 36 (1994), pgs. 415-418; PAREJO ALFONSO, L.: «La garantía judicial», cit.; RIBERA RODRÍGUEZ, T.: «La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 16 de enero de 1995», *Actualidad Administrativa*, 1995, pgs. 455-469; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>: «Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre [RTC 1995, 136])», *RAP*, 139 (1996), pgs. 221-236.

32. Así, para SANTAMARÍA PASTOR, J.: «Veinticinco años», cit., uno de los inconvenientes del carácter revisor era justamente la imposibilidad de utilizar el contencioso-administrativo para luchar contra la inactividad (pg. 136). S. GONZÁLEZ-VARAS es rotundo al afirmar en *La jurisdicción*, cit., pg. 254, que «en nuestro Derecho español no se admiten pretensiones de omisión o realización o superación (sino sólo indemnizatorias) frente a simples actuaciones, frente al caso alemán». Tal vez sería más exacto decir que, aunque sí se admiten estas pretensiones, no existen (o no existían en ese momento) vías útiles para obtener la ejecución de las Sentencias de condena que estiman esas pretensiones, por lo que se acaba llegando a sustituir su ejecución en especie por una indemnización. Más adelante añade que «en el Derecho español (...) no se admite el acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de pretensiones frente a simples actuaciones» (pg. 257, nota 192). En *Problemas procesales*, cit., pgs. 30-31, sostiene que las sentencias de condena frente a la Administración que dictan, a veces, los tribunales contenciosos, «no valen para nada», puesto que no se producen en el marco de una acción prestacional, y por lo tanto son «justicia del caso concreto». Los autores que han estudiado la inactividad han ido a veces más lejos que A. NIETO, pues éste sostenía que «la Sentencia del Tribunal no se limita en este sistema a la anulación ideal del acto administrativo provocado, sino a la conformación de la relación jurídica que sea conforme a derecho, y, en su caso, se dictará una orden a la Administración. Esta es la técnica general del art. 113 VwGO alemán y la regulada con gran acierto en España por la nueva LJCA» («La inactividad», cit., pg. 118). Por su parte, M. GÓMEZ PUENTE afirma en *La inactividad administrativa*, cit., pg. 136, que en la LJCA/1956 sólo se admitían en el contencioso-administrativo las pretensiones anulatorias, aunque después, al estudiar los proyectos de reforma de la LJCA, reconoce que sí eran posibles las sentencias de condena (pg. 203).

Ya en el contexto de los trabajos preparatorios de la vigente LJCA, J. TORNOS afirma en «Ámbito, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *La reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Barcelona, 1995, pg. 36, que el nuevo recurso contra la inactividad «cubre una de las tradicionales críticas que se hacía a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la misma permitía anular los actos administrativos pero no permitía dar satisfacción a este tipo de pretensiones». Una postura más ambigua es la de GARCÍA PÉREZ, M.: «El objeto del proceso», cit., para quien la Exposición de Motivos de la LJCA/1956 era muy abierta sobre el ámbito del recurso, que la doctrina intentó convertir el proceso en un auténtico proceso subjetivo, pero que se encontraron con el obstáculo, puesto

Los estudios sobre la inactividad administrativa constatan que el ordenamiento jurídico impone múltiples deberes a la Administración (no sólo prohibiciones). La Administración puede actuar ilegalmente de muchas formas, no sólo dictando actos que sean contrarios a Derecho y que impongan gravámenes a los ciudadanos. En la medida en que la jurisdicción contencioso-administrativa sólo interviene para anular actos administrativos, es incapaz de corregir múltiples formas de ilegalidad administrativa por omisión. De ahí la propuesta de incorporar acciones judiciales específicas mediante las que se pueda controlar la inactividad administrativa.

En este sentido, la doctrina de la inactividad administrativa explota una paradoja. Por un lado, el sistema de justicia administrativa de la Ley de 1956 es un sistema de impugnación de actos administrativos, es decir, sirve para corregir las «extralimitaciones» que puede cometer la Administración al actuar. Sin embargo, la Administración tiene múltiples obligaciones de hacer y por ello también puede infringir el ordenamiento por omisión, mediante el simple incumplimiento de los mandatos que le imponen una actuación positiva. A partir de ahí sólo es necesario hacer un catálogo más o menos exhaustivo de las múltiples obligaciones y deberes, del más diverso origen normativo, contenido y extensión, y detectar el fundamento estructural de todo ello en el tránsito desde el Estado de Derecho al Estado social. Parece que cada obligación administrativa específica que se consigue identificar es ya un resultado escandaloso que pone de manifiesto las insuficiencias del sistema tradicional de Justicia administrativa<sup>33</sup>.

de relieve por alguna jurisprudencia, del carácter revisor (pgs. 48-49). También dice (pgs. 54-55) que durante mucho tiempo la inactividad material quedó marginada de la Ley.

Totalmente en contra, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 710-711, aunque reconoce que la Jurisprudencia se negó a utilizar las posibilidades de la Ley. Para este autor, la LJCA no impedía el control judicial de la inactividad administrativa ni la formulación de pretensiones de condena, ya que sólo exigía que las pretensiones se dedujeran en relación con un acto, pero ni limitaba la clase de pretensiones que se podían deducir, ni exigía que el acto fuese un acto administrativo en sentido estricto. En el mismo sentido, GARRIDO FALLA, F.: op. cit., pg. 19, para quien se trata de «un problema (...) más ficticio que real». Refiriéndose a los ejemplos usuales de inactividad material, dice que «[e]n cualquiera de tales casos la solución es obvia empleando las propias fórmulas de fiscalización que la vigente Ley de lo Contencioso-Administrativo [la de 1956] establece, a saber: solicitar de la Administración la actuación que se pretende y, una vez producido el acto presunto o el silencio administrativo desestimatorio, recurrir contra la desestimación tácita». TRUJILLO PEÑA, J., C. QUINTANA REDONDO y J. A. BOLEA FORADADA: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 584, muestran cómo la jurisprudencia (minoritaria o no; ésa es otra cuestión) controlaba efectivamente la inactividad aplicando la LJCA/1956.

33. Aquí se desliza un primer presupuesto discutible. ¿Por qué el hecho de que haya ilegalidades administrativas no sancionables judicialmente supone un defecto en el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa? ¿Dónde está dicho que el contencioso-administrativo deba servir para corregir, cual gigantesca máquina de control, toda actuación o inactividad administrativa ilegal? A no ser que se pretenda sostener esa tesis como pura opinión personal «de lege ferenda», sólo se puede afirmar con base en el art. 106.1 CE, lo que ni se ha intentado seriamente ni me parece asumible, como he intentado demostrar en el Capítulo IV. Como mero apoyo para la reflexión, se puede apuntar que en sistemas jurídicos como el alemán, que se basan como el nuestro en la sumisión del poder ejecutivo a la ley y al Derecho, se asume con normalidad que hay ilegalidades administrativas que no pueden ser corregidas normalmente en vía judicial (sí tal vez por medio de otros mecanismos de control), debido a que la jurisdicción administrativa tiene como función la tutela de los derechos subjetivos lesionados por la Administración (lesión que se puede producir, naturalmente, por acción o por omisión).



Sin embargo, el principio revisor recogido en la LJCA/1956 no impedía formular pretensiones de condena frente a las Administraciones o, lo que es lo mismo, no impedía reaccionar judicialmente contra la inactividad administrativa<sup>34</sup>. Los Tribunales que, como NIETO constató en 1986, entraban a enjuiciar una conducta omisiva de la Administración sobre la base de la simple desestimación presunta de una denuncia presentada frente a tal inactividad, no estaban vulnerando la LJCA en aras de un objetivo de justicia material (la mejor tutela judicial del particular), sino que estaban utilizando un mecanismo perfectamente legal<sup>35</sup>. En otras palabras: el principio revisor (tal como lo recogía la LJCA/1956) no impedía plantear pretensiones de condena, puesto que bastaba con solicitar en vía administrativa la actuación pretendida y, en caso de desestimación expresa o presunta, ya se podía formular la pretensión de condena en vía contencioso-administrativa<sup>36</sup>.

34. En este sentido, vid. GARRIDO FALLA, F.: «La vía de hecho», cit., «El objeto del recurso», cit.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 710 y ss.

35. En «La inactividad material», cit., pg. 37, A. NIETO habla de «[u]na apertura revolucionaria: la legitimación por denuncia», lo que parece dar a entender que esta jurisprudencia estaba superando el marco legal aplicable, si bien a renglón seguido recuerda que «la jurisprudencia no ha hecho sino llevar congruentemente hasta sus últimas consecuencias el mecanismo, desde hace veinticinco años teorizado, de la conversión de una actividad material en otra formal», es decir, aplicar la LJCA/1956 sin rigorismos injustificados.

Piénsese en una Sentencia como la de 11 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1984), que, a instancias de un vecino, no sólo anula la licencia concedida a un taller de carpintería que venía funcionando ilegalmente, sino que condena a la Administración a exigir al titular del taller la instalación de una serie de mecanismos correctores del ruido. La Sentencia establece que «aunque no ofrece duda que los Tribunales de esta Jurisdicción tienen como función velar por la legalidad de los actos de la Administración sometidos a su conocimiento, no siendo función suya la de administrar, no es menos evidente que teniendo los Fallos dictados por estos Tribunales la naturaleza de verdaderas Sentencias ya que emana de un Órgano jurisdiccional encuadrado en la organización judicial, pueden contener además del pronunciamiento de la conformidad o disconformidad a Derecho de los actos recurridos, aquellos otros pronunciamientos que correspondan a la materia objeto de debate adoptando, como dice el apartado b) del art. 84 de la Ley de la Jurisdicción «cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento del orden jurídico en relación con la situación jurídica individualizada», por lo que en modo alguno las Sentencias llamadas de condena, es decir, las que imponen una determinada conducta a la Administración demandada, son incompatibles con la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a condición de que respeten el requisito de la congruencia, que sean congruentes con las pretensiones objeto del litigio». Como dice la Sentencia de 8 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2634), «dándose un acto administrativo como presupuesto procesal, el ámbito del debate no encuentr[a] posiblemente límites». Se ha llegado a considerar admisible también la pretensión de condena dirigida a que se ordene a la Administración que dicte un determinado reglamento: Sentencia de 4 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2004), exponente de una amplia línea jurisprudencial.

36. El hecho de que para formular en vía judicial la pretensión de condena fuese necesario, bajo la Ley de 1956, plantear antes esa solicitud formalmente en vía administrativa para dar a la Administración la oportunidad de estimarla y evitar así el proceso, no me parece que dificulte excesivamente el control de la inactividad administrativa, como sostiene GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad*, cit., pg. 142. De hecho, esta carga de plantear las peticiones en vía administrativa con carácter previo se ha incorporado al nuevo recurso contra la inactividad administrativa (art. 29.1 de la LJCA/1998) e incluso se exige frecuentemente en Alemania, sin que haya una previsión legal expresa en tal sentido, para que el demandante acredite su interés o necesidad de obtener la tutela jurídica que solicita (vid. infra, Capítulo X, nota 39).

Ciertamente, la LJCA/1956 no se limitó a exigir a los particulares, en los supuestos de inactividad administrativa, que presentaran una reclamación previa a la Administración para después formular la pretensión judicial de condena en caso de que la Administración no atendiera su solicitud. Éste es el modelo de las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles o laborales y el que se ha seguido en el nuevo recurso contra la inactividad. La LJCA/1956 exigió precisamente la impugnación de un acto administrativo o, lo que es lo mismo, calificó a efectos impugnatorios como acto administrativo a cualquier respuesta expresa que la Administración diera a un requerimiento presentado por un particular exigiendo una determinada actuación<sup>37</sup>. Esta opción de la LJCA/1956, que puede tener consecuencias relevantes dado el régimen jurídico de los actos administrativos (en especial, la irrecurribilidad de los actos reproductorios y confirmatorios), sirvió para apuntalar la construcción unitaria del recurso contencioso-administrativo, que era otra de las ideas centrales del sistema de pretensiones de esta Ley. De este modo se oculta que el «acto impugnado» no juega el mismo papel en todos los recursos contencioso-administrativos. A veces, el acto es el centro del proceso, ya que es el que ocasiona al recurrente la lesión jurídica que se intenta remediar, mientras que en otros casos es un simple presupuesto procesal con el que se intenta formalizar la negativa de la Administración a acceder a la petición que le dirige el particular para que cumpla una determinada obligación. Con todo, la Jurisprudencia se da cuenta de ello y, por ejemplo, no se limita a anular por defectos formales (omisión del procedimiento) las denegaciones presuntas, sino que pasa a resolver sobre la obligación administrativa de dictar el acto o de llevar a cabo la prestación solicitada<sup>38</sup>.

Otra cosa es que la Jurisprudencia («rectius», alguna Jurisprudencia, tal vez incluso la Jurisprudencia mayoritaria) recurra a pseudoargumentos jurídicos para negarse a admitir cualquier pretensión que exceda de la simple anulación del acto impugnado<sup>39</sup>. Como esta jurisprudencia no se apoya en argumentos defendibles, sino en postulados mil veces rebatidos en sede doctrinal, sólo cabe reaccionar contra la misma en el plano sociológico o político, constatando su hermetismo o la pobreza de las razones que invoca, pero no en el doctrinal, repitiendo una vez más los principios y reglas que nadie discute.

Si nadie pone en duda que la Administración tiene múltiples obligaciones,

37. Como ha dicho GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad*, cit., pg. 134, la «técnica silencial» mantiene el carácter revisor del contencioso: «Ello se debe a que el silencio presupone una ficción jurídica de la existencia de un acto por lo que el proceso administrativo sigue produciéndose sobre un acto, si bien fingido, cuya existencia y contenido sustantivo es fruto de una presunción legal. No hay, por tanto, una evaluación efectiva de la conducta administrativa sino de un acto presunto cuya autoría administrativa finge la ley».

38. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. II, pg. 1327.

39. Como también recuerda GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 710.

y si el principio revisor, aunque enmascara esa realidad, no impide formular en sede judicial pretensiones de condena dirigidas a obtener su cumplimiento, entonces los problemas que impiden o dificultan en muchos casos el control judicial de la inactividad administrativa son otros que no se examinan normalmente al estudiar la inactividad. Así, lo que aún no está suficientemente claro en nuestra doctrina (ni, por supuesto, en la Jurisprudencia) es quién tiene derecho a obtener un pronunciamiento judicial de fondo sobre esas obligaciones administrativas, es decir, quién está legitimado para formular pretensiones de condena, si lo está sólo el titular de un derecho administrativo ignorado o vulnerado por la Administración, o también cualquier interesado, es decir, cualquier persona que pueda resultar afectada positivamente en su esfera jurídica por el hecho de que la Administración cumpla la obligación que ha vulnerado<sup>40</sup>.

Y, tras esta pregunta, otra: el órgano judicial que constate que la Administración no ha incumplido una obligación, ¿puede indicarle exactamente lo que debe hacer o tiene que limitarse a declarar la existencia de la obligación y condenarla a que inicie un procedimiento para decidir cómo la cumple?<sup>41</sup> Éstos son, a mi juicio, los obstáculos más importantes que con frecuencia impiden la tutela judicial de determinadas pretensiones de los particulares, y no la necesidad de articularlas en relación con unas u otras manifestaciones de la actuación administrativa. De ahí que, como veremos en el capítulo siguiente, la previsión de vías procesales específicas contra la inactividad ni es necesaria en sentido

40. En este sentido, GARRIDO FALLA, F.: «La vía de hecho», cit., pgs. 20-21. Refiriéndose a los supuestos típicos de inactividad material (Administración que no adopta medidas de seguridad en relación con una obra pública peligrosa o que no establece un servicio público obligatorio), dice: «El problema, empero, es éste: ¿qué infracción del ordenamiento jurídico o qué derecho subjetivo vulnerado alegaría el recurrente?». «El límite de la fiscalización jurisdiccional estará siempre en las facultades discrecionales que la Ley otorgue».

Abundando en este problema, tampoco estoy de acuerdo con la tesis de que la exigencia de requisitos subjetivos de legitimación es una consecuencia del carácter revisor, como sostiene GÓMEZ PUENTE: *La inactividad*, cit., pg. 136. El sistema alemán no es revisor y, sin embargo (es más: precisamente por no serlo), exige al demandante la titularidad de derechos subjetivos. Por otro lado, la objetivización del sistema alemán de justicia administrativa (op. cit., pg. 138) no se ha producido, como he mostrado en el Capítulo IV.

41. Como dice GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 712: «si el objeto del proceso administrativo es verificar si lo que se pretende por el demandante es o no conforme al Ordenamiento jurídico, cuando lo que pide es que la Administración haga algo que no hace y, según el Ordenamiento jurídico en que se funde la pretensión, debe hacerlo, el Tribunal debe estimar la pretensión y dictar Sentencia condenando a la Administración a hacer lo que no hace. Otra cosa es quién puede pedirlo (problema de legitimación), procedimiento que ha de seguirse, medidas cautelares que pueden adoptarse, y hasta dónde puede llegar la condena y las potestades del juez a la hora de ejecutar el fallo. Aquí, en estos aspectos concretos, radica el problema de si el sistema contencioso-administrativo responde a las exigencias de la tutela jurisdiccional efectiva al regular las pretensiones frente a la inactividad material de las Administraciones públicas» (la cursiva es mía). Añade también que bajo la LJCA/1956 había supuestos de inactividad formal que carecían de una regulación adecuada (como la inactividad reglamentaria) y otros de «inactividad material» para los que el proceso ordinario constituía una regulación suficiente. Sobre esta cuestión vid. también FERNÁNDEZ, T.-R.: «Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos», *REP*, 15 (1982), pgs. 21-34, especialmente pgs. 29 y ss.

estricto, ni soluciona los problemas planteados en el tratamiento judicial de este tipo de pretensiones<sup>42</sup>.

42. Pensemos en uno de los supuestos típicos de inactividad, que incluso fue objeto de regulación en el Proyecto de 1995: la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio. Es uno de los casos que se ponen como ejemplo de las insuficiencias de la LJCA/1956 para el control de la inactividad administrativa, al estar basada en el silencio administrativo, que sólo opera en los procedimientos iniciados a instancia de parte. Así, M. GÓMEZ PUENTE afirma, en *La inactividad administrativa*, cit., pgs. 135 y 199, que «hay interesados en la resolución de un expediente que no pueden servirse del silencio por no haberse iniciado el expediente a instancia suya (esto es, por no haber formulado ellos la petición inicial o haberse incoado de oficio)».

Con cierta frecuencia la Administración inicia un procedimiento sancionador (o disciplinario) y después, viendo que no se ha producido ninguna infracción o al menos que no puede probarla, no dicta resolución, ni sancionadora ni de sobreseimiento. En la práctica, esto significa mantener el daño que para el imputado se deriva de la incoación del procedimiento sancionador. Un daño que hay que reputar injusto, puesto que a falta de resolución sancionadora el imputado sigue estando cubierto por la presunción de inocencia. La perención o caducidad del procedimiento (art. 44 LRJ-PAC, núm. 2) no sirve para reparar ese daño, puesto que tiene un sentido exclusivamente procesal y por tanto no niega expresamente que se haya cometido una infracción (con lo que, respecto a terceros, perdura el efecto de la incoación del procedimiento sancionador, que en muchas ocasiones afirma expresamente la existencia de indicios de infracción y en todo caso se basa en ellos). A mi entender, si se quiere impedir eficazmente que la potestad sancionadora pueda ser un instrumento de coacción o amedrentamiento en manos de las Administraciones, y se la quiere someter al principio de Estado de Derecho, es necesario obligar a la Administración, si ha iniciado un procedimiento de este tipo, a resolverlo expresamente, sancionando o acordando el sobreseimiento.

Éste es un caso típico en que el silencio administrativo no da lugar a una resolución presunta ni a una desestimación tácita, ya que el procedimiento se inicia de oficio. Como remedio paralelo al silencio, la LRJ-PAC ha previsto la caducidad, que a estos efectos es inútil, como he indicado. Aquí entra en juego la doctrina de la inactividad, detectando una laguna en el control judicial de las omisiones administrativas y postulando la incorporación de cauces procesales adecuados. El art. 28.2 del Proyecto de LJCA/1995 admitía que los interesados interpusiesen el recurso contra la inactividad «cuando la Administración esté obligada a dictar un acto administrativo que les pudiera causar efectos favorables en un procedimiento iniciado de oficio, desde el término del plazo en que dicho acto debiera haber sido dictado».

Entiendo que ni este remedio era necesario para poder deducir una pretensión judicial de condena dirigida a la obtención de una resolución administrativa exculpatoria, ni la previsión expresa de un cauce procesal de este tipo soluciona los problemas básicos de dicha pretensión. Lo primero, porque el imputado podía, bajo la Ley de 1956, esperar el transcurso del plazo de resolución del procedimiento o (a falta de previsión expresa) un plazo razonable, y en ese momento solicitar a la Administración que dictase una resolución exculpatoria, recurriendo después la denegación expresa o presunta de dicha solicitud y deduciendo, en relación ese acto, la pretensión de que se condenase a la Administración a dictar la resolución expresa de sobreseimiento o de inexistencia de infracción.

Y lo segundo, porque el verdadero problema es saber si el régimen constitucional, legal y reglamentario de la potestad sancionadora obliga a la Administración a dictar resolución expresa en esa clase de procedimientos, y el precepto del Proyecto de 1995 que se acaba de citar, lo mismo que el art. 29.1 de la LJCA/1998, no resuelven esa cuestión al exigir, como un presupuesto del recurso contra la inactividad, que la Administración esté obligada a actuar, con lo que la respuesta a esta cuestión (sobre la que ya he dado más arriba mi opinión en el caso concreto de la potestad sancionadora) siguen teniendo que darla los aplicadores e intérpretes a partir de los mismos datos.

## Las pretensiones de condena en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998

### 1. LOS PROPÓSITOS DEL LEGISLADOR Y EL SISTEMA DE PRETENSIONES DE LA LEY

Un repaso a la Exposición de Motivos permite comprobar que las modificaciones en el régimen de las distintas acciones y pretensiones son las más ambiciosas, desde el punto de vista dogmático, de las que contiene la nueva LJCA<sup>1</sup>. Se parte de que la LJCA/1956, al vincular la deducción de cualesquiera pretensiones a la impugnación de un acto administrativo (principio revisor), introducía «ángulos ciegos» en el control judicial de la actividad administrativa, haciéndolo imposible respecto de algunas modalidades de dicha actividad, y señaladamente por lo que se refiere a la inactividad administrativa<sup>2</sup>. La solución que se aporta a este problema es la introducción de un recurso contra la inactividad de la Administración, regulado sobre todo en los artículos 29 y 32 y al que me referiré en los siguientes epígrafes.

En la medida en que la LJCA achaca al carácter revisor de su predecesora de 1956, es decir, a la necesidad de relacionar toda pretensión con la impugnación de un acto administrativo, las dificultades en el control de la inactividad administra-

1. «Los escasos preceptos incluidos en los dos primeros capítulos del Título III contienen algunas de las innovaciones más importantes que la Ley introduce en nuestro sistema de control judicial de la Administración» (§V).
2. Así, se recuerda que «el instrumental jurídico que en el nuestro [en nuestro sistema de control judicial de la Administración] se otorga a la Jurisdicción para el cumplimiento de sus fines ha quedado relativamente desfasado. En particular, para someter a control jurídico las actividades materiales y la inactividad de la Administración (...)» (§I). «No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. *La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable*, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones. Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho administrativo, *articulando para ello las acciones procesales oportunas*» (§II).

tiva, está desconociendo, a mi juicio, el funcionamiento práctico de esta última Ley y el origen de los verdaderos obstáculos (justificados o no) a dicho control<sup>3</sup>. Paradójicamente, la Ley aparece más guiada por consideraciones doctrinales que por la observación del funcionamiento práctico del Derecho derogado<sup>4</sup>.

A la vez que desconoce algunas de las posibilidades que el esquema impugnatorio de la LJCA/1956 abría al control de la inactividad administrativa, la Ley vigente muestra un llamativo apego a ese sistema revisor o impugnatorio, comprensible sólo como muestra de un tal vez injustificado temor a los cambios<sup>5</sup>. En efecto: al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho alemán, en el que las pretensiones que no tienen por objeto la impugnación de un acto administrativo son simplemente pretensiones de condena o declarativas pero en modo alguno impugnatorias, la Ley concibe el recurso contencioso-administrativo *siempre* como impugnación de un objeto, en particular como impugnación de algún tipo de actividad administrativa<sup>6</sup>. La Ley no regula expresamente las pretensiones de condena ni admite su formulación a través de la aplicación analógica del Derecho procesal civil, sino que obliga a canalizarlas a través de alguno de los recursos que prevé: el recurso contra actos y el recurso contra la inactividad administrativa<sup>7</sup>. En este sentido, la Ley se aparta claramente de lo que constituye la sistemática procesal común (seguida en otros sistemas de justicia administrativa que se han liberado efectivamente del prejuicio revisor), de acuerdo con el cual la pretensión de condena que el acreedor deduce frente al deudor es una pretensión de condena y no un recurso contra la inactividad de éste<sup>8</sup>. Del mismo modo que la LJCA/1956 asu-

3. Como he intentado mostrar en el último epígrafe del Capítulo VI.

4. Así, el nuevo recurso contra la inactividad habría sido «[l]argamente reclamado por la doctrina jurídica» (§V) y también se hace referencia a la «desde hace tiempo criticada» imposibilidad legal de controlar la inactividad administrativa.

5. En este sentido, GARCÍA PÉREZ, M.: *El objeto*, cit., pg. 88. Ese apego al carácter revisor explica tal vez la insistencia de la Exposición de Motivos en asegurar el «control jurídico» de todas las formas de actividad administrativa. Se hace mucho más hincapié en esa finalidad de control que en la necesidad de proporcionar una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Ello se relaciona con la esbozada polémica sobre la influencia respectiva de los arts. 24.1 y 106.1 CE sobre el contencioso-administrativo a que me he referido en el último epígrafe del Capítulo IV.

6. Algo fácil de demostrar a la vista del texto de la Ley. De acuerdo con el art. 1.1, las pretensiones se debe deducir en todo caso «en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación». El Capítulo I del Título III lleva la significativa rúbrica de «Actividad administrativa impugnables». No sólo son impugnatorios los recursos contra actos y contra reglamentos (art. 25), sino también el recurso «contra la inactividad de la Administración» (art. 29.1 «in fine»). Se amplía el catálogo de tipos de actividad administrativa impugnables, pero no se regulan pretensiones que, a semejanza de las civiles, no sean impugnatorias. En la doctrina, BACIGALUPO, M.: «¿Es posible ejercitar pretensiones de condena en los recursos contencioso-administrativos contra actos negativos expresos?», *La Ley*, 1995-4, pgs. 1105-1108, pg. 1105, y GARCÍA PÉREZ, M.: «El objeto del proceso», cit., pg. 63, también han afirmado que lo que la Ley ha hecho es ampliar el catálogo de la actividad administrativa impugnables.

7. Sobre el carácter de «numerus clausus» del sistema de pretensiones de la LJCA me remito a lo dicho supra, en el Capítulo II.

8. Esto quita cierta importancia, aunque no toda, al matiz que la Ley introduce en el art. 29 y aclara en la Exposición de Motivos (y que constituye su principal aportación frente a la de 1956), en el sentido de que la necesidad de dirigir a la Administración una reclamación previa

mió algunos elementos de la Ley Santamaría de Paredes a pesar de su voluntad de reforma, la LJCA/1998 ha sido fiel a la construcción impugnatoria del recurso contencioso-administrativo en el mismo momento en que se pretenden superar sus consecuencias negativas<sup>9</sup>.

Todo ello conduce a una regulación excesivamente compleja de las distintas pretensiones. En la lógica procesal común, las pretensiones se definen por su contenido, por lo que se pide (que se condene al demandado a cumplir una obligación contraída frente al demandante, que se declare la existencia y contenido de una relación jurídica, que se anule un acto, etc.), y ese contenido es el que determina tanto los requisitos que deben concurrir para que se estime la pretensión como el contenido de la sentencia estimatoria. En la LJCA, en cambio, la regulación de las distintas pretensiones (arts. 31-32, sobre todo) depende del régimen de la actividad administrativa impugnabile (arts. 25-30), que a su vez está relacionado con la legitimación (en el art. 29), lo que obliga a examinar simultáneamente las tres cuestiones para conocer las características y ámbito de las distintas pretensiones reguladas<sup>10</sup>.

A continuación iré estudiando el encaje de las pretensiones de condena en los distintos cauces procesales regulados en los artículos 29 a 32 de la LJCA.

## 2. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RECURSO CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

En práctica coincidencia con la LJCA/1956, el artículo 25.1 LJCA dispone que «[e]l recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposi-

en caso de inactividad «no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos» (§V). Efectivamente es así, y sobre ello volveré más adelante, pero el proceso sigue siendo impugnatorio *de la inactividad*, si bien no de la desestimación de la reclamación o requerimiento previo.

9. En el capítulo anterior he recordado cómo la Exposición de Motivos de la LJCA/1956 justifica el mantenimiento de la expresión «recurso contencioso-administrativo» a pesar de que el objeto de la acción deja de ser el acto y pasan a serlo las pretensiones, y cómo esa opción lastró en parte las posibilidades de la Ley. Lo mismo ocurre con la Ley de 1998, que no ha querido limitar la utilización del término «recurso» (y de la idea correlativa de impugnación de algún tipo de actividad administrativa) a las acciones impugnatorias de actos en sentido estricto (recursos contra una sanción o una liquidación tributaria, etc.), pasando a hablar de pretensiones de condena o declarativas en los demás casos.

La Ley invoca, al explicar el recurso contra la inactividad en la Exposición de Motivos, sus «precedentes en otros ordenamientos europeos». Como tal recurso contra la inactividad, el único precedente que puede haber tenido algún papel inspirador es el recurso por omisión ante el TJCE, que he estudiado en el Capítulo III. BACIGALUPO, M.: «¿Es posible ejercitar pretensiones de condena?», cit., ha afirmado esa influencia del Derecho comunitario, al menos respecto al Proyecto de 1995. Como ya he indicado en el Capítulo III, las previsiones de los Tratados comunitarios sobre las vías de recurso ante el TJCE abiertas a los particulares no son realmente un modelo para los Derechos nacionales porque con ellas no se ha tratado de garantizar un de momento inexistente derecho fundamental comunitario a la tutela judicial efectiva, sino únicamente asegurar unas cuantas posibilidades de intervención al TJCE para que haga cumplir el Derecho comunitario. El otro precedente, reiteradamente citado en los trabajos doctrinales sobre la inactividad administrativa, son las pretensiones de condena del Derecho alemán, pero éstas son pretensiones de condena en sentido estricto y no recursos contra la inactividad, como he estudiado supra, en el Capítulo II.

10. Pone de relieve esa falta de sistemática GARCÍA PÉREZ, M.: «El objeto», cit., pgs. 63-64.

ciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa (...)». En este recurso se podrá pretender, no sólo «la declaración no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación» (art. 31.1), sino también «el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda» (art. 31.2)<sup>11</sup>.

La novedad no está aquí, en esta reiteración del artículo 42 de la LJCA/1956, sino en que la legitimación para este recurso se rige por las reglas generales [art. 19.1 a)], lo que supone que basta con «un derecho o interés legítimo», de acuerdo con el artículo 24.1 CE. Esto significa que la «situación jurídica individualizada» cuya tutela se puede obtener a través de este recurso puede ser también un simple interés legítimo, frente a lo que exigía, bajo la apariencia de un requisito procesal de legitimación, el artículo 28 de la LJCA/1956<sup>12</sup>.

Por tanto, este recurso contra actos, si se tiene en cuenta la ampliación introducida por la LJCA/1998, *es suficiente por sí solo para el planteamiento de toda clase de pretensiones contencioso-administrativas* y para el control, en consecuencia, de todas las formas de actividad administrativa. Para ello sólo se exige interpretarlo como se venía haciendo (o al menos proponiendo unánimemente) con los preceptos análogos de la LJCA/1956, entendiendo por acto administrativo impugnabile cual-

11. En relación con este precepto, una mínima modificación gramatical respecto a su antecedente (el art. 42 de la LJCA/1956) ha dado pie a algunos autores para sostener que las pretensiones de «plena jurisdicción» no tienen que deducirse necesariamente en relación con la impugnación de un acto administrativo. El art. 42 de la LJCA/1956 decía que el demandante «podrá pretender, además de lo previsto en el artículo anterior [la anulación del acto impugnado], el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (...)». El vigente art. 31 LJCA, tras regular en su ap. 1 la pretensión anulatoria, dispone en el ap. 2 que el demandante «[t]ambién podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada». Tanto GONZÁLEZ SALINAS, J.: «Comentario al artículo 31», *REDA*, 100 (1998), pg. 329, como MEILÁN GIL, J. L.: «Prólogo» a GARCÍA PÉREZ, M.: *El objeto*, cit., pg. 21, entienden que con esta pequeña modificación el legislador ha pasado a admitir que se deduzcan pretensiones condenatorias o declarativas *independientemente* de la impugnación de un acto administrativo, y no sólo en relación con ella. No comparto esa conclusión porque parte de una interpretación literal del art. 31.2, desmentida por otros preceptos y por la sistemática de la Ley. GARCÍA PÉREZ, M.: *El objeto*, cit., pg. 71, invoca en este sentido el art. 42.1 b) LJCA, que al regular la cuantía del recurso deja ver que las pretensiones de condena, o se deducen por la vía del recurso contra la inactividad («cumplimiento de una obligación administrativa») o se formulan «además de la anulación». Además, el ap. 2 del art. 31 depende, hasta gramaticalmente, del 1, que regula las pretensiones en el recurso contra actos, y de la Exposición de Motivos se desprende que los recursos contencioso-administrativos deben tener por objeto siempre o un acto o reglamento, o una inactividad (en el marco del art. 29) o un supuesto de vía de hecho, sin que quepan pretensiones «de plena jurisdicción» no incluidas en ninguno de esos cauces procesales.

12. Refiriéndose al contraste con la LJCA/1956, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 788, dice que «en el nuevo texto se ha roto, con acierto, la conexión entre legitimación y pretensión que existía en la Ley de 1956, aunque ha sido criticada la innovación por un sector de la doctrina (GARRIDO FALLA)». También afirma: «Las normas generales sobre legitimación de la Ley no sufren excepción alguna cuando lo que se pretende del órgano jurisdiccional es que la Administración realice una actividad a que viene obligada por el Ordenamiento jurídico. Estarán, por tanto, legitimadas todas las personas que enumera el art. 19.1 del nuevo texto» (op. cit., pg. 724). En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 618.



quier respuesta (o la denegación presunta) a una solicitud formulada a la Administración y permitiendo al demandante formular, en relación con esa impugnación, todas las pretensiones (incluidas las declarativas y de condena) que se hubiesen deducido previamente en vía administrativa<sup>13</sup>.

El único inconveniente que tiene canalizar las pretensiones de condena (o algunas de ellas) a través del recurso contra los actos administrativos es el mismo que he puesto de relieve al discutir la opción sistemática del legislador de 1956 en favor de la construcción unitaria del recurso contencioso-administrativo unificando los supuestos de «plena jurisdicción» y la acción anulatoria, y consiste en que se obliga al demandante a forzar la pretensión de condena deduciéndola en relación con la impugnación de un acto administrativo. Si se estima conveniente que la deducción de la pretensión de condena en sede judicial sea precedida de un requerimiento a la Administración, es más lógico configurar éste como una reclamación previa (a imagen de las que se prevén en la vía civil o laboral) que como un recurso dirigido contra un acto administrativo, pues ello puede producir consecuencias desfavorables para el ciudadano (como la aplicación de la excepción de acto consentido) que carecen además de fundamento dogmático en este caso, pues el acto funciona sólo como ficción a efectos procesales.

Por tanto, el recurso contra actos administrativos puede perfectamente servir para la deducción de cualesquiera pretensiones, incluidas las de condena, si se interpretan las normas que lo recogen en el mismo sentido que las análogas de la LJCA/1956 y se tiene en cuenta el nuevo criterio de legitimación. Sin embargo, es conveniente establecer un cauce procesal específico para las pretensiones de condena, cauce que prescinda de toda referencia a la impugnación de un acto administrativo. Esto es lo que ha pretendido el legislador con el recurso contra la inactividad, al que me referiré en el epígrafe siguiente.

Conviene destacar, por último (y sin perjuicio de un análisis más detenido en el Capítulo XI), que la regulación de la sentencia en los artículos 70 y 71 no tiene

13. A esta interpretación se opone un único obstáculo, más aparente que real, que consiste en interpretar literalmente el art. 31.2 y sostener que la pretensión de «reconocimiento» y «restablecimiento» de una situación jurídica individualizada es una pretensión dirigida a la conservación o restauración de un derecho (o interés legítimo) que sirve para reaccionar contra los perjuicios causados por una actuación ilegal, pero no para obtener el cumplimiento de una obligación administrativa (que exigiría una auténtica pretensión de condena): el pago de los haberes de un funcionario no podría calificarse de restablecimiento de una situación jurídica, sino que sería algo más no incluido en el art. 31.2. Parece que T.-R. FERNÁNDEZ se hace eco de esta objeción en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pg. 123, al referirse a los «límites objetivos del proceso que al juez corresponde resolver, dentro de los cuales entra el restablecimiento de la situación jurídica anterior del recurrente, pero no su modificación o su mejora, que haría incongruente la sentencia por “extra” o “ultra petita”». Totalmente en contra, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 794, al decir que la situación jurídica individualizada puede ser una posición preexistente al acto administrativo (de ahí las pretensiones conservativas) o bien estar orientada a obtener una transformación jurídica que el acto impugnado deniega (derecho al otorgamiento de una licencia). El legislador parece haber desechado toda posibilidad de interpretación restrictiva del concepto de «restablecimiento de una situación jurídica individualizada», puesto que en el art. 71.1 c) da por supuesto que la medida requerida para dicho restablecimiento puede consistir «en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria».

en cuenta debidamente el carácter claramente subjetivo que tiene en todo caso el recurso contra actos administrativos en la nueva LJCA. El artículo 70 establece que la estimación o desestimación del recurso dependerá exclusivamente de que el acto impugnado sea legal o ilegal, lo que supone otra influencia negativa de la concepción revisora del contencioso. Lo que se estimará o desestimará son las distintas pretensiones formuladas. Sólo en el caso de pretensiones meramente anulatorias la ilegalidad del acto es condición suficiente para su estimación. En los demás casos (englobados en la fórmula del reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada), es necesario también que la situación jurídica subjetiva invocada por el demandante exista en la realidad jurídica. Por tanto, y frente a lo que sostiene el artículo 71.1 a), la ilegalidad del acto impugnado no implica automáticamente el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, puesto que el acto puede ser ilegal y a la vez no estar acreditada la titularidad subjetiva invocada por el demandante<sup>14</sup>.

### 3. EL NUEVO RECURSO CONTRA LA INACTIVIDAD

De acuerdo con el artículo 29.1, «[c]uando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración». En este recurso, «el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas» (art. 32.1).

Con este recurso se ha intentado resolver el problema creado por la supuesta incapacidad de la LJCA/1956 ante la inactividad material de la Administración, es decir, por el hecho de que esta Ley permitía obtener una sentencia que declarase que la Administración había obrado de forma contraria a Derecho al desestimar una petición del demandante, pero no permitía dar satisfacción al particular cuando la Administración dicta un acto que le da la razón, pero después no lo cumple<sup>15</sup>. Aunque la Ley habla de recurso contra la inactividad, se trata de una

14. En este sentido, TRUJILLO PEÑA, J., C. QUINTANA REDONDO y J. A. BOLEA FORADADA: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 429.

15. Esto no se deduce sólo de la Exposición de Motivos (§V), sino también de que el art. 29.1 menciona las prestaciones que la Administración debe llevar a cabo en aplicación de un acto o en virtud de una norma *que no precise de actos de aplicación*, es decir, cuando el particular no necesite un acto administrativo sino una actividad material. Dentro de las elaboraciones doctrinales del concepto de inactividad administrativa se habían subrayado las dificultades que existen para remediar estos casos mediante el silencio administrativo: vid. NIETO, A.: «La inactividad material», cit., pgs. 22-23. Ahora bien: o se admite que la LJCA permitía la deducción de pretensiones de condena en relación con un acto administrativo (y en ese caso tanto

pretensión de condena, como se desprende indirectamente del artículo 31.2 y de la Exposición de Motivos<sup>16</sup>.

¿Qué es lo que diferencia a estas pretensiones de condena de las que se pueden deducir en relación con el recurso contra actos según el artículo 31.2? Sencillamente, que en las primeras no se impugna ningún acto administrativo, puesto que, incluso si la Administración responde expresamente a la reclamación previa que el demandante debe presentar (art. 29.1), esa respuesta no se considera un acto administrativo y el recurso no tiene por objeto (ni único ni parcial) su impugnación<sup>17</sup>. Esto es más conforme con la realidad de las cosas, pero ni supone la admisión de las pretensiones de condena (puesto que se sigue hablando de impugnación y de recurso, en este caso contra la inactividad) ni significa que van a acceder a los Tribunales pretensiones que antes no se podían deducir o que los Tribunales van a poder controlar formas de actuación administrativa que antes les estuviesen vedadas: las posibilidades de control son las mismas que había en la LJCA/1956 y las mismas que habría en la LJCA/1998 si se derogara el artículo 29<sup>18</sup>. La innovación verdaderamente relevante consiste en haber suprimido la exigencia de un derecho subjetivo para poder deducir pretensiones distintas de la anulatoria en relación con un acto administrativo (art. 31.2).

Si se quiere liberar a los demandantes de la complicación de tener que formular las pretensiones de condena en relación con la (ficticia) impugnación de un acto administrativo, lo lógico es que se haga para todas ellas, y aquí es donde la LJCA/1998 se queda claramente corta<sup>19</sup>. Curiosamente la exigencia de invocación de un derecho subjetivo, que la LJCA/1956 imponía para la formulación de pretensiones de condena en relación con la impugnación de actos administrativos (art. 42), y que la LJCA/1998 elimina, se traslada ahora al recurso contra la inactividad,

podían admitirse las pretensiones de condena dirigidas al dictado de un acto administrativo como las que tuviesen por objeto una prestación material), o no se admite, y entonces la LJCA/1956 sólo permitía obtener sentencias anulatorias, pero no de condena (conclusión esta última que desconoce tanto el tenor literal de la Ley como su aplicación práctica).

16. «El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente Sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo».
17. Esa diferencia, en la que insiste la Exposición de Motivos, la reconocen GARCÍA PÉREZ, M.: «El objeto», cit., pgs. 72-73, o DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Comentario al artículo 29», en *REDA*, 100 (1998), pg. 295, aunque la niega GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El control jurisdiccional», cit., pg. 20.
18. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El control jurisdiccional», cit., pgs. 18 y ss., GARRIDO FALLA, F.: «La vía de hecho», cit., pgs. 22 y ss.
19. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 578, quienes refiriéndose a los arts. 29 y 30 y dentro de un juicio global positivo, dicen: «La articulación técnica de estas nuevas acciones carece probablemente del vigor y la amplitud que hubiera sido deseable, especialmente en el caso de la inactividad de la Administración, dados los términos excesivamente cautelosos del art. 29 de la Ley». Es interesante comparar el tenor del art. 29 LJCA con el ámbito que, en Derecho alemán, los antecedentes parlamentarios de la VwGO reconocen a la pretensión de condena («Verpflichtungsklage»): «La pretensión de condena abarca tanto el caso de que el demandante sólo tenga derecho a que la Administración actúe, así, por ejemplo, cuando tiene derecho a que se dicte resolución sobre una solicitud, como el caso de que tenga derecho a una actividad concreta y determinada» («Bundestag Drucksache» 3/55, pg. 31).

que sólo está abierto a quienes tuvieran derecho a una prestación administrativa concreta, establecida ya con todo detalle en normas o actos susceptibles de ejecución directa (art. 29.1)<sup>20</sup>.

Es fácil comprobar que, si se parte de que tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos deben gozar de una tutela completa frente a la actuación administrativa (como exige el art. 24.1 CE en los términos estudiados en el Capítulo IV), y si esa tutela abarca también la defensa frente a la inactividad y por tanto las pretensiones de condena, el artículo 29 LJCA no recoge todas las pretensiones de condena constitucionalmente exigidas. Ello obliga, haciendo una interpretación conforme con la CE y en línea con el precedente de la LJCA/1956, a canalizar ese resto de pretensiones de condena a través del recurso contra actos, concretamente a través de las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada<sup>21</sup>. Operación avalada por el propio artículo 71.1, apartados b) y c), de la LJCA, que configura a los pronunciamientos de condena de todas clases como una de las posibles medidas exigidas por el restablecimiento de una situación jurídica individualizada y por tanto como resultado indistintamente del recurso contra actos (arts. 25.1 y 31.2) y del recurso contra la inactividad (arts. 29.1 y 32.1)<sup>22</sup>.

20. La Exposición de Motivos alude a otro campo del recurso contra la inactividad: la solicitud de que la Administración dicte un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio. Con ello se atiende a otro de los lugares comunes de la doctrina sobre la inactividad: la insuficiencia de la «técnica silencial» para «convertir en formal la inactividad material» (por todos, vid. GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad*, cit., pgs. 135 y 199). Prescindiendo ahora de la crítica a esta idea (vid. supra, la nota 42 del Capítulo VI), lo cierto es que aunque tal modalidad de recurso se preveía en el Proyecto de 1995, con posterioridad se suprimió, con lo que la Exposición de Motivos se ha quedado desfasada en este punto. En la redacción final de la Ley, el recurso contra la inactividad no puede ser utilizado para pedir que se condene a la Administración a dictar un acto, tal como se desprende del art. 29.1.
21. Ya me he referido a ello en el Capítulo II, al que me remito. Por otro lado, la exigencia de un derecho subjetivo para la interposición del recurso contra la inactividad administrativa es al menos tan asistemática como la que contenía el art. 43 de la LJCA/1956. BACIGALUPO, M.: «¿Es posible ejercitar pretensiones de condena?», cit., pg. 1107, sostuvo, a partir del Proyecto de 1995 (coincidente, en este punto, con el de 1997 y con el texto finalmente aprobado) y en tono crítico frente al mismo, que el sentido de los actuales arts. 29 y 32 es que sólo se puede obtener una Sentencia que condene a la Administración a dictar un acto administrativo si se interpone un recurso contra la inactividad. Según este autor, para saber si se pueden formular pretensiones de condena en relación con actos administrativos, hay que determinar «si estos actos pueden o no ser objeto del recurso contra la inactividad administrativa, pues es éste (...) en el que el demandante puede pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración a una actuación positiva determinada a la que ésta esté obligada». De ahí la crítica de este autor (pg. 1108), puesto que no está justificado limitar la pretensión de condena a los supuestos de inactividad, y descartarla cuando la Administración haya dictado un acto denegatorio expreso. A ello se puede responder a partir del tenor literal del art. 29.1 LJCA: para que se enerve el recurso contra la inactividad administrativa no basta con que la Administración haya actuado de alguna manera. Sólo en caso de que haya cumplido lo solicitado o se haya llegado a un acuerdo quedará cerrada esa vía procesal.
22. Otra opción es la defendida por J. GONZÁLEZ PÉREZ, que consiste en hacer caso omiso de la literalidad del art. 29.1 y leer «derechos e intereses legítimos» donde éste dice «quienes tengan derecho». «No puede interpretarse el nuevo texto legal en el sentido de que únicamente están legitimados para formular una pretensión frente a la Administración aquellos que tuvieran derecho a la prestación concreta que motivó su reclamación. La desafortunada redacción del nuevo texto no puede conducir a una restricción de la legitimación contravieniendo la doctrina

La complicación que introduce la LJCA en el ya confuso panorama de las pretensiones de condena es notable, por tanto, si se toma en serio el nuevo recurso contra la inactividad. Por un lado, se establece un nuevo cauce procesal porque, como se dice en la Exposición de Motivos, canalizar esas pretensiones como impugnación de actos administrativos es muy complejo y casi impide el control de esta forma de actividad administrativa, y por otro se obliga a seguir recurriendo a ese cauce procesal impropio en múltiples casos<sup>23</sup>. Con el añadido de que la aplicabilidad de una u otra vía de recurso, que exige utilizar conceptos tan escurridizos como el de derecho subjetivo o la distinción (totalmente difuminada en nuestro Derecho tras cuarenta años de aplicación de la LJCA) entre acto administrativo y actuación material, tiene consecuencias concretas en materia de plazos y vía administrativa previa, dificultando el acceso a la tutela judicial<sup>24</sup>.

Según parece, la razón de que, una vez decidida la introducción de un recurso contra la inactividad, se le haya dado un contenido tan restrictivo, no es la idea de que sólo en esos casos puedan los particulares formular pretensiones de condena, sino que se encuentra en la prevención del legislador frente a los posibles excesos en el control judicial de la discrecionalidad administrativa<sup>25</sup>. Lo que se ha preten-

del Tribunal Constitucional que había estimado derogadas las normas preconstitucionales que así lo habían establecido» (*Comentarios*, cit., vol. I, pg. 724). El principal argumento es la sistemática, es decir, que el art. 29 no puede, por su ubicación, alterar la regla de legitimación del 19. Entiendo que, aunque la interpretación propuesta por este autor sería preferible «de lege ferenda», el art. 29 establece claramente una regla de legitimación que no es fácil de superar con ese único argumento sistemático. La interpretación conforme con la CE a que también recurre GONZÁLEZ PÉREZ puede ser satisfecha también de un modo menos opuesto al tenor literal de la Ley, es decir, reconduciendo al recurso contra actos (arts. 25 y 31.2) los supuestos de inactividad no incluidos en el art. 29.

23. En este sentido, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *Los convenios entre Administraciones Públicas*. Madrid, 1998, pgs. 411-412, para quien: a) es incoherente introducir un recurso contra la inactividad (es decir, no impugnatorio de un acto administrativo) para la formulación de pretensiones de condena y a la vez mantener para otras pretensiones de condena el esquema silencio negativo/acción impugnatoria con pretensión de condena (que servía para canalizar las acciones de condena cuando no estaba prevista una acción «ad hoc»), y b) la nueva regulación plantea problemas, al hacer necesario distinguir entre acto administrativo y actividad material (cuya omisión da lugar a un recurso contra la inactividad).
24. Respecto a esas diferencias prácticas, baste recordar (sin perjuicio de la remisión al Capítulo X), que cuando se pida a la Administración una prestación material y no un acto, basta presentar una solicitud y, en caso de no obtener un resultado favorable en el plazo de tres meses, acudir directamente al contencioso *presentando recurso contra la inactividad*. Cuando lo que se pida sea un acto, hay que presentar una solicitud, esperar al plazo de silencio establecido, y presentar en su caso un recurso de alzada, antes de poder acudir al contencioso. Respecto a la complejidad del nuevo sistema, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *Los convenios*, cit., pgs. 411-412; GARCÍA PÉREZ, M.: «El objeto del proceso», cit., pg. 65.
25. Así, la Exposición de Motivos afirma, a renglón seguido de la glosa del recurso contra la inactividad: «Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «cuando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual Sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas» (§V). Tienen gran valor en este sentido las palabras de quien presidió la comisión redactora del Proyecto de 1995 (inalterado en este

dido es evitar que, invitados por la Ley a dictar sentencias de condena, los Jueces y Tribunales extraigan, a partir de preceptos genéricos, concretas obligaciones de hacer a cargo de la Administración. La solución me parece, además de asistemática, poco útil, porque las pretensiones de condena expulsadas del recurso contra la inactividad van a deducirse por la vía del artículo 31.2. Los límites del control judicial de la discrecionalidad deben ser respetados porque son límites inherentes a la función judicial, sin que sea necesario, para garantizar ese respeto, exigir requisitos adicionales para la formulación de pretensiones de condena.

A mi juicio, la forma más adecuada de aplicar el sistema de pretensiones de la LJCA para no privar a los titulares de intereses legítimos de la tutela que les garantiza la CE ni dificultar de forma también inconstitucional el acceso al contencioso-administrativo es configurar el recurso contra actos como una acción de alcance general, a través de la cual se puede plantear cualquier pretensión, incluidas las de condena relativas a la inactividad material. Además, cuando se den los requisitos del artículo 29.1 se podrá optar por la interposición del recurso contra la

---

punto), J. LEGUINA. En el debate celebrado en 1995 y recogido en el libro *La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Barcelona, 1995, explicó el funcionamiento del recurso en los siguientes términos, que por su claridad creo que merece la pena transcribir: «Un particular se dirige a la Administración como interesado y presenta una solicitud para que se le reconozca tal derecho o interés, o se le satisfaga tal pretensión. Supongamos que la respuesta a dar a esa solicitud entra dentro de las potestades más o menos discrecionales de la Administración. Ésta tiene el deber de resolver, de decir sí o de decir no. Si no dice nada, empiezan a regir los plazos y la presunción de la voluntad de la Administración o la creación del acto presunto negativo, o positivo (...). Agotada la vía administrativa por acto presunto negativo, se abre la vía contenciosa a través del recurso tradicional contra un acto administrativo presunto, pero un acto administrativo. Ése es el régimen general para todas las inactividades de la Administración, para todos los silencios, cualesquiera que sean las normas que rijan esas conductas. El texto lo que quiere hacer es aislar de ese mundo unas inactividades que contradicen directamente normas legales, sus propios actos, convenios o contratos de la Administración, en virtud de los cuales se reconoce el derecho a obtener una prestación concreta. Cuando inicio un procedimiento administrativo como interesado, no tengo derecho a una prestación concreta, como regla general, en algunos supuestos sí, pero no en todos. De lo que este texto trata es de en esos casos –de los cuales podemos trazar las líneas generales de su perfil, la jurisprudencia nos viene diciendo por dónde tiene que transcurrir la línea fronteriza, pues pueden plantearse supuestos dudosos de si encajan dentro del recurso tradicional o de este nuevo recurso de la inactividad–, abrir la posibilidad de acudir lo más rápidamente posible ante los tribunales, darle la última oportunidad a la Administración de evitar el pleito. Transcurrido ese plazo de oportunidad, el objeto del pleito es la inactividad, la no entrega de la prestación a la que está legalmente obligada» (pg. 102). La misma idea en su ponencia, pgs. 23-24.

Defiende esta tesis también otro miembro de esa comisión, TORNOS, J.: «Ámbito, extensión y límites», cit., pg. 36. Lo mismo afirma M. GARCÍA PÉREZ al interpretar en «El objeto del proceso», cit., pg. 72, el texto finalmente aprobado: «los Jueces y Tribunales no se verán en la tesitura de tener que “sustituir” a la Administración ante su inactividad, porque los términos de su cumplimiento se desprenden objetivamente de la norma, del acto, del contrato o del convenio. Con ello se evita la polémica que tantas páginas de doctrina ha ocupado (...)». «La Exposición de Motivos aclara que con ello [sentencia de condena] no se pretende que los órganos jurisdiccionales sustituyan a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el Derecho, ni les permite imponer mandatos precisos a genéricas obligaciones legales, porque en ese caso se estaría invadiendo la función propia de la Administración. (...) Este inciso puede ser el foco de importantes problemas prácticos. Sobre todo en los últimos tiempos en que el debate sobre la discrecionalidad administrativa y el control judicial se ha agudizado» (pg. 74).

inactividad, aprovechando las ventajas que ofrece en cuanto a la tramitación de la vía administrativa previa. Creo que no es muy arriesgado predecir que esta solución será la que se imponga en la práctica. Lo contrario supondría obligar a aquellos demandantes que quieren deducir una pretensión de condena, y que han presentado previamente una solicitud a la Administración, a optar entre impugnar la denegación como si fuese un acto, deduciendo en relación con él la correspondiente pretensión de condena (art. 31.2 LJCA), o presentar un recurso contra la inactividad (art. 29.1), con el riesgo de ver inadmitido el recurso (e incluso precluido el plazo de impugnación) en caso de que el órgano jurisdiccional competente no considere correcta la elección efectuada.

#### 4. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO TÍTULO «QUASI» EJECUTIVO: LA ACCIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 29.2 DE LA LEY JURISDICCIONAL

En la tramitación parlamentaria de la LJCA/1998 se añadió un apartado 2 al actual artículo 29, que dispone: «Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78». J. GONZÁLEZ PÉREZ solicitó públicamente antes de la aprobación de la Ley que se previera en la misma un proceso ejecutivo mediante el que se pudiera obtener una condena que obligase a la Administración a ejecutar sus actos firmes en caso de que no hubiera procedido a dicha ejecución. Tal proceso se iniciaría, lógicamente, a instancia de un particular favorecido por dicho acto y sin necesidad de discutir la legalidad del mismo (que habría de entenderse aceptada implícitamente por la Administración) en un proceso de cognición<sup>26</sup>. Tal solución había sido considerada demasiado radical por los redactores del Proyecto de 1995<sup>27</sup>. De todas formas, el propio GONZÁLEZ PÉREZ ha criticado el precepto porque lo que se ha previsto es un procedimiento abreviado, pero que sigue siendo un proceso de cognición y no un ejecutivo (que no existe como tal en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)<sup>28</sup>.

---

26. Vid. *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 713-714: si existe ya «un título ejecutivo con fuerza obligatoria (...) lo que impondría la tutela jurisdiccional efectiva sería arbitrar un proceso administrativo ejecutivo –al igual que existe en el proceso civil– en el que, dando por supuesto –por estar decidido y no admitirse discusión sobre ello– la obligación de dar o hacer, la tramitación tratará de hacer efectiva la realización de aquella actividad necesaria para su realización».

27. Según informa J. TORNOS la Comisión se planteó introducir «un proceso de ejecución directo, reconociendo al particular un título directo de ejecución» (en el debate de *La reforma*, cit., pg. 89). Sin embargo, «[n]os ha parecido que quizás era una medida excesivamente radical no darle la oportunidad a la Administración de discutir ese título».

28. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 715: se continúa «obligando a seguir un proceso que sigue siendo declarativo. Este régimen sería correcto justamente para los demás supuestos de inactividad; pero no para aquel que lo que postula es un proceso ejecutivo». Insiste en esta idea en las pgs. 721-722. De hecho dice (pg. 724) que la necesidad de someter pretensiones materialmente ejecutivas a un proceso declarativo (aunque abreviado) «supone una quiebra del principio de la tutela judicial efectiva». En la misma línea se manifiestan

El supuesto de hecho de esta norma ya estaba incluido en el concepto genérico de inactividad administrativa del artículo 29.1. Lo que hace el 29.2 es dar un tratamiento especial a un tipo de inactividad administrativa, la que consiste en la inejecución de actos firmes. La especialidad consiste en que se reduce el tiempo que se debe dar a la Administración para que conteste al requerimiento antes de acudir al contencioso (de tres meses pasa a uno) y se ordena que el contencioso se tramite por el procedimiento abreviado<sup>29</sup>.

La analogía con el proceso civil no debe hacer olvidar que la Administración puede disponer en ciertos casos de *discrecionalidad en la ejecución*. Una cosa es que la Administración *pueda* proceder a la ejecución forzosa de sus actos (art. 95 LRJ-PAC), estando los particulares obligados a soportarla, y otra distinta que la Administración esté obligada a proceder a dicha ejecución en todo caso o siempre que haya interesados en ella<sup>30</sup>. El argumento analógico de los títulos ejecutivos privados enumerados en el artículo 1429 LECiv no puede ser tomado al pie de la letra, pues la doctrina ha limitado siempre toda traslación al acto administrativo de elementos tomados de la teoría del negocio jurídico-privado<sup>31</sup>. Mientras que la función de los

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 617, para quienes «hubiera sido más lógico haber montado (...) un verdadero juicio ejecutivo, desde el momento en que el acto administrativo firme es un «título ejecutivo» de valor en ningún caso inferior al de la letra de cambio, por ejemplo».

29. Por otro lado, este régimen especial contradice al general del recurso contra la inactividad (art. 29.1) en lo que se refiere a los presupuestos de la pretensión (sobre todo la legitimación). Cualquier interesado puede pedir que la Administración ejecute un acto firme. No se exige que el demandante tenga derecho a la ejecución y que el acto firme obligue a la Administración, precisamente, a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas. Con esta redacción, por ejemplo, un denunciante podría demandar a la Administración para que ésta ejecutara una sanción firme (art. 29.2), mientras que no puede presentar un recurso contra la inactividad para que inicie un procedimiento sancionador (art. 29.1). Ha reparado en esta incoherencia DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Comentario al artículo 29», cit., pg. 312.

30. J. GONZÁLEZ PÉREZ niega esto categóricamente, al decir, en *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 721, que cuando el acto administrativo sea firme o bien cuando haya sido recurrido pero no suspendido, «la Administración viene obligada a llevarlo a puro y debido efecto *inmediatamente* (arts. 57 y 94, LRJ-PAC), procediendo a la ejecución forzosa a través de los cauces procedimentales que la Ley prevé (arts. 95 y 96, LRJ-PAC)». También parece sostener esta tesis DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Comentario al artículo 29», cit., pgs. 310-311. Dice que la ejecutividad de los actos «opera también contra la propia Administración que debe ejecutarlos», y que «pocas cosas podrán alegarse por la Administración para explicar la situación». Defendiendo su propuesta de que se tasen expresamente las excepciones oponibles por la Administración (en la línea del art. 1464 LECiv), enumera entre ellas la posibilidad de que surjan «razones de interés público sobrevenido y posterior a la firmeza del acto administrativo», lo que puede poner en entredicho el automatismo de la ejecución de los actos.

J. BARCELONA LLOP afirma, en principio, el carácter discrecional de la ejecución, en *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Santander, 1995, pgs. 302-310. Para él, esta discrecionalidad no depende de que haya o no sujetos interesados en la ejecución del acto, si bien, como ocurre con cualquier decisión discrecional, la Administración está obligada a motivarla y los posibles interesados pueden impugnarla. Buena parte de la Jurisprudencia citada por él se refiere a un supuesto muy especial, como es la potestad administrativa de suspender cautelarmente la ejecución de los actos recurridos. En este caso, es evidente que la situación no es exactamente igual a la prevista en el art. 29.2, puesto que el acto de cuya ejecución se trata no es aún firme.

31. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. I, pg. 540: «El acto administrativo no es el paralelo en el Derecho público de la teoría del negocio jurídico en el



títulos ejecutivos privados (art. 1429 LECiv) es la de constituir, declarar, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre las partes, el acto administrativo está ordenado a la satisfacción de los intereses colectivos (art. 53.2 LRJ-PAC), por lo que no siempre crea derechos en favor de terceros ni obliga a la Administración a proceder a su ejecución, incluso cuando hay interesados en esa ejecución. De todas formas, sea cual haya sido la «voluntas legislatoris», lo cierto es que no está prevista en este procedimiento especial una lista tasada de motivos de oposición (máxime no siendo en sentido estricto un proceso ejecutivo), por lo que nada impide a la Administración alegar, frente a la demanda del particular, que no está obligada a proceder a la ejecución, lo que llevará a discutir si la ejecución es, en ese caso concreto, obligatoria o discrecional, y en este segundo caso, naturalmente, si la Administración ha ejercido conforme a Derecho esa potestad discrecional.

---

Derecho privado; (...) En nuestro Derecho bastará comparar el principio de autonomía privada formulado por los arts. 674, 675, 1091 y 1255 CC, que expresa la idea «subject made law», con el principio de tipicidad que formula (...) el pár. 2º del art. 53.2 LPC».

PARTE III

LOS ELEMENTOS DE LAS PRETENSIONES  
DE CONDENA

## El ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con las pretensiones de condena

### 1. LOS CRITERIOS QUE DETERMINAN LA ATRIBUCIÓN DE UNA PRETENSIÓN DE CONDENA A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El artículo 1.1 LJCA dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá de las pretensiones deducidas en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sometida al Derecho administrativo. Éste es, por tanto, el criterio normativo que determinará la atribución a uno u otro orden jurisdiccional de las pretensiones de condena dirigidas contra una Administración Pública o cualquiera de los entes de Derecho público enumerados en el artículo 1.2.

La LJCA/1998 ha introducido una novedad respecto a su predecesora, la Ley de 27 de diciembre de 1956, consistente en sustituir la palabra «actos» por «actuación». Con ello se ha querido llevar a la cláusula general una de las ideas en que más ha insistido el legislador de 1998: la actividad administrativa impugnabile (Título III, Capítulo I) no se limita a los actos administrativos, sino que se incluyen también en ella los reglamentos (que ya la Ley de 1956 recogía como objeto de recurso) así como la inactividad administrativa y la vía de hecho, que por primera vez pueden ser «impugnadas» a través de recursos específicos, lo que no quiere decir que bajo la Ley de 1956 los particulares estuvieran indefensos frente a ellas<sup>1</sup>.

Con este cambio, carente de consecuencias prácticas, se introduce una cierta confusión en la sistemática del contencioso-administrativo que pone de manifiesto, a mi juicio, la necesidad de prescindir del carácter revisor en la determinación normativa del ámbito de este orden jurisdiccional, sustituyendo así la actual cláusula general por otra más adaptada a su contenido y funciones actuales.

El criterio delimitador tradicional, según el cual el elemento que atrae la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es el dato de que el recurso

---

1. Sobre las diferencias entre los sistemas de pretensiones de las Leyes de 1956 y 1998, me remito a los dos Capítulos precedentes.

tenga por objeto un acto administrativo (sin perjuicio de que en él se hagan valer otras pretensiones además de la anulatoria), es perfectamente lógico cuando lo que persigue el demandante es defenderse frente a un acto administrativo lesivo para sus derechos e intereses y que considera ilegal, de modo que las pretensiones ejercidas sean de anulación y, en su caso, de eliminación de los perjuicios causados por el acto (sea por vía indemnizatoria o mediante «restitutio in integrum»).

Cuando el demandante deduce una pretensión de condena, el objeto de la pretensión es un acto o una prestación material que la Administración no ha dictado o realizado y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de impugnación. Según la Ley de 1956, la forma de deducir esa pretensión era provocar la producción de un acto administrativo denegatorio, expreso o presunto, y formular «en relación con» él la pretensión de condena. Era el carácter administrativo de ese acto el determinante de la competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos.

La función del acto administrativo es distinta en uno y otro caso, porque en el primero ese acto es el objeto de la pretensión principal del demandante y en el segundo es sólo un pretexto, una «percha» que el demandante utiliza para poder deducir su pretensión de condena. Al ser el acto en ambos casos, sin embargo, el elemento que define la competencia de la jurisdicción administrativa, se produce una primera inconsecuencia de la Ley que hace necesaria una interpretación sistemática. En rigor, lo que hacía bajo la Ley de 1956 (y ahora) que de una pretensión de condena conociesen los Tribunales Contencioso-Administrativos era la naturaleza administrativa de la relación jurídica de la que surge la pretensión. Es obvio que una pretensión de condena basada en una relación jurídico-privada (un contrato de Derecho privado, por ejemplo) no pasa a estar incluida en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa por el hecho de que la Administración responda mediante un acto administrativo a la solicitud que le formula el particular. Otra cosa es que éste pueda interponer un recurso contencioso-administrativo contra ese acto para pedir exclusivamente su anulación (anulación debida, en primer lugar, a la falta de competencia de la Administración para resolver mediante acto administrativo cuestiones de Derecho privado). Del mismo modo, en aquellos casos en que la Administración no responde expresamente a la solicitud en la que un particular le reclama una determinada prestación, si interpretamos ese silencio como la denegación presunta de un acto administrativo, que abre la vía contencioso-administrativa (según el art. 42 LRJ-PAC) y no como la denegación presunta de una reclamación previa al ejercicio de acciones en vía civil o laboral, que permitiría acudir a los Tribunales de estos órdenes jurisdiccionales (arts. 120 y ss. LRJ-PAC) es debido a la naturaleza de la relación jurídica material de la que se deriva la pretensión formulada.

Lo que ha hecho la Ley de 1998 con la utilización del término «actividad» es aumentar esa ambigüedad, sin mayores consecuencias prácticas, puesto que ya antes el criterio real era, en el caso de las pretensiones de condena, la naturaleza de la relación jurídica de la que se deriva la pretensión. Bajo la Ley de 1956, el acto administrativo determinante de la competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos era en todo caso el acto impugnado en el recurso, es decir, el acto

resultante de la vía administrativa previa, ya fuese un acto de gravamen que por sí solo daba lugar al recurso (una sanción, por ejemplo) o bien un acto provocado por el particular para poder deducir en vía contencioso-administrativa una pretensión de condena (por ejemplo, la denegación expresa o presunta de la petición dirigida a la Administración por el particular para que ésta le reconociera el derecho a percibir un determinado complemento específico).

La Ley de 1998 también obliga a cubrir una vía administrativa en todo caso antes de acudir al contencioso-administrativo, vía que en unos casos da lugar a la producción de un acto administrativo que después será objeto de impugnación (arts. 25 y 31) y en otros casos simplemente da lugar a una respuesta expresa o presunta a la solicitud del particular, permitiendo a éste interponer un recurso contra la inactividad administrativa (arts. 29 y 32). Si ahora tenemos en cuenta que las pretensiones de condena se deducen en unos casos en relación con actos administrativos y en otros por la vía del recurso contra la inactividad (como he expuesto ya en los Capítulos II y VII), y examinamos este resultado a la luz del artículo 1.1 LJCA, vemos que, en el primer supuesto, lo que determina que la pretensión quede integrada en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa es la naturaleza del acto con el que la Administración responde a la petición del particular, el acto *en relación con* el cual se deduce la pretensión, mientras que en el segundo supuesto lo que atrae la competencia de la jurisdicción administrativa es la naturaleza administrativa de la *inactividad*, que depende, lógicamente, de que la prestación solicitada a la Administración se rija por el Derecho administrativo.

Parece claro que esta distinción, de una complejidad verdaderamente notable e innecesaria, no está justificada. Además, ninguno de esos dos criterios es realmente la causa de que el conocimiento y resolución de la pretensión estén atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, como es fácil comprobar. Por un lado, ya he explicado en este epígrafe que el hecho de que la Administración responda a una solicitud por medio de un acto administrativo no significa por sí solo que la pretensión de condena en que se puede transformar esa solicitud en caso de ser desatendida corresponda necesariamente al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo necesario para ello que la relación jurídica de que deriva sea de naturaleza jurídico-administrativa. Además, en rigor, tampoco la naturaleza de la prestación solicitada (es decir, la naturaleza de la actividad o inactividad, a que se refiere el art. 1.1 LJCA) es determinante, puesto que en muchos casos esa prestación será jurídicamente indiferente (sobre todo cuando es una cantidad de dinero) y sólo la naturaleza de la relación jurídica de la que se deriva (funcionarial, tributaria, de un contrato administrativo) remitirá a uno u otro orden jurisdiccional.

## **2. HACIA LA SUPERACIÓN DE LA INFLUENCIA DEL CARÁCTER REVISOR DEL CONTENCIOSO EN LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA**

Lo que se ha expuesto en el epígrafe anterior no es más que la proyección a un caso concreto (el de las pretensiones de condena) de los problemas que plantea

mantener un criterio delimitador de la jurisdicción administrativa básicamente revisor (el de la naturaleza de la actividad impugnada) cuando el contencioso es ya el vehículo para la deducción de todo tipo de pretensiones. Partiendo como es necesario de esta última constatación, sería mucho más adecuado, a mi juicio, utilizar como criterio delimitador en la cláusula general uno análogo al que se utiliza para delimitar los órdenes civil y social<sup>2</sup>: el del sector del ordenamiento jurídico del que se derivan las correspondientes pretensiones o, lo que es lo mismo, la naturaleza de la cuestión litigiosa o de la relación jurídica de la que se deriva la pretensión<sup>3</sup>.

La implantación de este nuevo criterio traería diversas ventajas en una materia cuya situación actual es bastante confusa (además de la ventaja inicial y básica de utilizar un criterio transparente y lógico, algo que difícilmente se puede predicar del actual, como he intentado mostrar en el epígrafe anterior). En primer lugar, al emplearse un mismo punto de conexión (la naturaleza de la cuestión litigiosa, es decir, de la relación de la que se deriva la pretensión) para determinar el ámbito de los distintos órdenes jurisdiccionales que pueden entrar en conflicto (es decir, el civil, el contencioso-administrativo y el social), se facilita la solución de los casos dudosos. Es bien sabido que, al determinarse la competencia de los órdenes civil y social por un criterio material (naturaleza de la relación jurídica) y el contencioso-administrativo por un criterio formal o procedimental (presencia de un acto administrativo), es necesario resolver todos aquellos supuestos en los que la Administración dicta un acto pero la relación jurídica de fondo es laboral, lo que ha dado a múltiples reformas legislativas basadas por lo general en la utilización de listas de supuestos atribuidas a uno u otro orden jurisdiccional<sup>4</sup>. La solución que aquí se propone plantea, como es lógico, el problema de distinguir entre Derecho administrativo y laboral (lo que no resulta fácil en múltiples supuestos en los que el Derecho supuestamente laboral es básicamente Derecho administrativo sectorial independizado por razones más bien académicas, como ocurre con las sanciones reguladas por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social o el Derecho de la Seguridad Social), pero el sistema actual se enfrenta también a ese problema [arts. 3 a) de la LJCA y 3 de la LPL] y además a la cuestión, que no tiene respuesta lógica posible, de decidir la adscripción a uno u otro campo de las cuestiones en que se dan cita simultáneamente el criterio de la Jurisdicción Administrativa (presencia de un acto administrativo) y el de la social o civil (que la relación jurídica pertenezca a uno u otro de estos sectores jurídicos)<sup>5</sup>.

2. Arts. 9.2 y 9.5 LOPJ y 1.3 de la Ley de Procedimiento Laboral.

3. Éste es el criterio que utiliza el Derecho alemán en el §40 VwGO, según el cual la jurisdicción administrativa conocerá de todas las controversias de Derecho público, a no ser que tengan carácter constitucional (lo que atraería la competencia de la jurisdicción constitucional, ya se trate del BVerfG o de los Tribunales Constitucionales de los «Länder») o que hayan sido atribuidas a otra jurisdicción por una ley federal. La referencia al Derecho alemán es aquí inevitable por haber llevado más lejos que los demás de nuestro entorno la superación del carácter revisor de la justicia administrativa. También se ha mostrado partidario de la incorporación de este criterio a nuestro Derecho GONZÁLEZ-VARAS, S.: en *Problemas procesales*, cit., pgs. 69 y ss. y 257.

4. Sobre la insatisfacción generada por el actual sistema, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, vol. II, cit., pgs. 587 y ss.

5. Sobre los problemas de la distribución competencial entre los órdenes social y contencioso-

Por otro lado, esta propuesta permite dar un encaje técnico adecuado al actual resurgimiento de la actividad arbitral de la Administración. Este fenómeno consiste en la atribución a órganos administrativos (en unos casos encuadrados en una Administración territorial, en otros casos Administraciones independientes) de la competencia para resolver los conflictos que se puedan plantear entre los operadores de un determinado sector. En algunos supuestos, esta actividad arbitral se enmarca en los parámetros de la Ley de Arbitraje de 1988: el recurso al arbitraje es potestativo para las partes y el laudo emitido por la Administración está sometido al mismo régimen de impugnación (por causas tasadas y ante la jurisdicción civil) que los laudos privados ordinarios<sup>6</sup>. En los demás supuestos, la competencia de la Administración para resolver el conflicto no requiere un acuerdo previo entre las partes y su resolución constituye un acto administrativo sometido al régimen de impugnación propio de éstos, es decir, ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>7</sup>.

El problema que plantea la utilización de esta técnica jurídica por el legislador es que, movida por simples consideraciones de oportunidad, lleva a un desplazamiento constante de las fronteras entre los distintos órdenes jurisdiccionales. Desde el momento en que se atribuye a la Administración la competencia para resolver mediante acto administrativo sobre una determinada relación jurídica, el asunto pasa a ser de la jurisdicción de los Tribunales Contencioso-Administrativos, aunque el conflicto resuelto por ese acto administrativo enfrente a dos particulares y se refiera a una relación jurídica de Derecho privado<sup>8</sup>. Es cierto que si se atribuye a

administrativo, en el sentido del texto, vid. PARADA VÁZQUEZ, R.: «Informe sobre la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia», en *La Administración y los jueces*. Caracas, 1988, pgs. 222-223. Respecto a la atribución a uno u otro orden jurisdiccional de aquellos supuestos en que un acto administrativo aplica Derecho privado o configura relaciones jurídico-privadas (derechos de propiedad, por ejemplo), nuestro ordenamiento aplica distintos criterios en función de consideraciones sectoriales o coyunturales: así, se inclina totalmente por la jurisdicción civil en lo relativo a la actuación del Registro de la Propiedad, por el contencioso-administrativo en el caso de la actividad de resolución coactiva de conflictos «inter privados» de los órganos reguladores de las telecomunicaciones, hidrocarburos o el sistema eléctrico, y por una solución mixta en el caso de los deslindes (atribuyendo al contencioso el control de la regularidad formal del acto y al orden civil la resolución del conflicto de fondo).

6. Así en la actividad arbitral en sentido estricto de la Comisión Nacional de Energía (disp. adic. 11ª, ap. 3, materia 9ª, de la Ley 34/1998, de Hidrocarburos) o de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (arts. 6-10 de su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre).
7. Un supuesto de esta clase de competencia arbitral está recogido en el art. 19.3 del Reglamento, ya citado, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: «Suscrito un acuerdo de interconexión, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será asimismo competente, en caso de conflicto entre las partes y a petición de cualquiera de ellas, para interpretar las cláusulas y condiciones de los acuerdos y para que su ejecución se haga de forma transparente y no discriminatoria. Las resoluciones de la Comisión tendrán carácter vinculante y ésta velará por su efectivo cumplimiento». Estas resoluciones serán recurribles en vía contencioso-administrativa (art. 25 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones).
8. En este sentido, PARADA VÁZQUEZ, R.: «Informe», cit., pg. 200. De todas formas, conviene recordar que, aunque las leyes sectoriales aprobadas en los últimos años (telecomunicaciones, hidrocarburos, sistema eléctrico) siguen la regla de que el acto administrativo implica la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa con independencia de la naturaleza de la relación jurídica sobre la que se haya pronunciado la Administración, nuestro Derecho no aplica esa

la Administración esa competencia de resolución de conflictos es porque dicho conflicto (o, mejor dicho, su resolución rápida) afecta a los intereses públicos, que demandan la correcta prestación del servicio y el respeto a diversos principios entre los que destaca el de concurrencia. Pero ello no basta para transformar la naturaleza del conflicto planteado, como prueba el hecho de que la intervención administrativa en esos conflictos es sólo eventual y, en los casos en que no se produce, el conocimiento de las cuestiones que se deriven de ellos sigue estando atribuido a los órganos del orden jurisdiccional civil. Además, ese interés público tampoco se traduce en la aplicación al conflicto de normas sustantivas específicas: el conflicto está sometido al mismo régimen, tanto si lo resuelve la Administración mediante un acto administrativo, como si lo hace un órgano judicial civil.

Parece claro que ese desplazamiento continuo y coyuntural del ámbito de los distintos órdenes jurisdiccionales no es deseable. En primer lugar, plantea problemas de constitucionalidad, puesto que las leyes ordinarias sólo pueden concretar los criterios genéricos de atribución establecidos en la LOPJ, pero no contradecirlos (STC 224/1993 [RTC 1993, 224]). Por otro lado, se crea una situación de inseguridad jurídica, puesto que no queda claro qué pretensiones se pueden formular en vía contencioso-administrativa cuando la Administración ha dictado un acto (en ejercicio de una competencia arbitral legalmente atribuida) pero la relación jurídica material sobre la que se ha pronunciado está regulada por el Derecho privado. ¿Se van a poder pronunciar los Tribunales Contencioso-Administrativos sobre el fondo del asunto? ¿Sólo sobre los aspectos formales o procedimentales del acto administrativo impugnado? ¿Cabe iniciar un proceso civil paralelo o posterior acerca del fondo del conflicto planteado entre las partes privadas? Si es así, ¿qué efectos vinculantes despliega el acto administrativo sobre este proceso civil posterior?

La cláusula general de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal como aparece en los artículos 1.1 LJCA y 9.4 LOPJ, ocasiona en cierto modo estos problemas, ya que delimita defectuosamente ambos órdenes jurisdiccionales, dejando una zona de entrecruzamiento entre ambos. La fórmula que he propuesto para la cláusula general de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permitiría dar una respuesta más adecuada a tales problemas, además de reflejar mejor la función actual del contencioso-administrativo. Si éste conoce, con carácter general, de las cuestiones derivadas de la aplicación del Derecho administrativo, será más fácil determinar, de forma sistemática y no a partir de criterios coyunturales, cuál es el reparto de competencias entre ambos órdenes en aquellos casos en que se atribuye a la Administración la competencia para resolver mediante un acto sobre un conflicto «inter privados». Con independencia de que la Jurisdicción Contencioso-Adminis-

---

regla en todos los supuestos en que se plantea este conflicto, es decir, en que se enfrentan la regla delimitadora de la jurisdicción contencioso-administrativa (presencia de un acto administrativo) y la que define el ámbito de los órdenes civil y social (naturaleza de la relación jurídica en que se basa la pretensión). Los problemas derivados de esta actividad administrativa arbitral se abordan con más detalle en mi libro *La resolución extrajudicial de conflictos en Derecho administrativo*, de próxima aparición.



trativa vaya a conocer en todo caso de la regularidad formal y procedimental del acto, el desplazamiento total de la jurisdicción civil y la atribución a uno u otro orden de la competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto dependerán del Derecho (público o privado) aplicable al mismo. De ello dependerá que la sentencia contencioso-administrativa abarque todos los aspectos del conflicto planteado o bien que el fondo del asunto deba ser objeto de un segundo proceso civil. Se trata, por tanto, de superar uno de los últimos vestigios de la antigua concepción objetiva del contencioso, centrada en el control de legalidad de los actos administrativos, y también de permitir que la LOPJ cumpla realmente su función de delimitar los distintos órdenes jurisdiccionales proporcionando seguridad en cuanto a la fijación del «Juez ordinario predeterminado por la ley» (art. 24.2 CE).

## La legitimación: los presupuestos subjetivos de las pretensiones de condena

### 1. LA FUNCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS

En los Capítulos III y IV se ha intentado demostrar que tanto el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como el deber de garantizar la eficacia del Derecho comunitario (art. 10 del TCE) obligan al legislador español a hacer posible que los ciudadanos obtengan la tutela judicial de sus intereses legítimos frente a la actuación de las Administraciones Públicas, para lo cual es necesario que la legislación procesal admita la formulación de cuantas pretensiones sean necesarias para la obtención de dicha tutela.

A partir de ahí, y limitándonos en este trabajo a las pretensiones de condena como la vía procesal adecuada para solicitar un tipo de pronunciamiento judicial (la sentencia de condena) que es en muchos casos el único que puede proporcionar la tutela que necesita el particular, en el Capítulo VII se ha repasado el sistema de acciones de la LJCA, buscando en las distintas vías de recurso que en ella se prevén el encaje para las diversas pretensiones de condena.

Lo que se intenta en este Capítulo es, a partir de ese mínimo exigido al legislador y del concreto sistema de pretensiones que éste ha establecido en la LJCA, determinar la función procesal de los derechos e intereses legítimos y en definitiva los requisitos subjetivos exigidos al demandante para obtener una sentencia de condena.

En un sistema de Justicia administrativa que otorga una tutela judicial completa (es decir, incluida la posibilidad de obtener sentencias de condena) a los intereses legítimos, la posición de éstos (y, «a fortiori», la de los derechos subjetivos) en el proceso puede articularse de dos maneras distintas. En primer lugar, el legislador puede exigir al demandante, como requisito procesal apreciable en la fase de admisión, que acredite que la estimación de la demanda le supondría un beneficio en su esfera jurídica, consistente en la satisfacción de un derecho subjetivo o de un interés. Una vez superada esa barrera, se entra en el análisis del fondo, en el cual se trata de decidir si la Administración tiene o no el deber jurídico (o la obligación, según los casos) que el particular alega en su demanda. En caso afirmativo, se condenará a la Administración a realizar la conducta en que consista

ese deber, lo que significa que se estima la demanda y se concede al particular el «petitum» por él solicitado. En este caso, los requisitos subjetivos de la pretensión, es decir, el derecho o interés del demandante, operan como presupuestos procesales (legitimación) en sentido estricto, y no desempeñan ningún papel en el análisis del fondo del asunto, puesto que éste se centra en si está o no jurídicamente fundada la afirmación que realiza el demandante en el sentido de que la Administración está obligada a llevar a cabo una determinada conducta por ella omitida. Esto no convierte el proceso en objetivo ni al demandante en un simple defensor de la legalidad, puesto que antes, en la fase de admisión, se ha acreditado que la estimación de la demanda le beneficiaría en un derecho o interés digno de tutela jurídica<sup>1</sup>.

Según otra segunda construcción, más sustantivadora de la posición jurídica subjetiva del particular y en la que se ve más claramente la naturaleza subjetiva del contencioso-administrativo, el demandante no sólo ha de invocar un derecho o interés en la fase de admisión, como presupuesto procesal que permita acceder al examen del fondo del asunto, sino que en este examen del fondo es necesario hacer una doble comprobación: objetiva, es decir, si la Administración ha actuado de forma contraria a Derecho al negarse a estimar la solicitud del particular, y subjetiva o, lo que es lo mismo, si el demandante tiene derecho a esa prestación administrativa o al menos está interesado en ella<sup>2</sup>.

Las diferencias entre ambas concepciones son netas en aquellos casos en que el proceso administrativo queda limitado a la tutela de derechos subjetivos (como en el Derecho alemán). Sólo al examinar el fondo del asunto es posible determinar si el demandante es titular de un derecho subjetivo, pues esa titulari-

1. En el sistema francés de Justicia administrativa, el interés legítimo desempeña, en el recurso por exceso de poder, esta misma función. Es un requisito de admisibilidad pero resulta irrelevante en el examen del fondo del asunto, que se reduce a verificar la legalidad del acto impugnado. En este sistema, sin embargo, el proceso sí es de naturaleza objetiva, puesto que su resultado es únicamente la anulación de los actos ilegales, con independencia de si eso es o no suficiente para satisfacer el interés invocado por el recurrente.
2. Ésta es la función del derecho subjetivo invocado por el demandante en aquellos sistemas de justicia administrativa que, como el alemán, limitan la actuación judicial a la tutela de los derechos subjetivos de los particulares. Como presupuesto procesal (llamado «Klagebefugnis» o legitimación) se exige al demandante que invoque la titularidad de un derecho subjetivo que, o bien ha sido lesionado por el acto administrativo impugnado (cuando se haya deducido una pretensión anulatoria), o bien es un derecho a la prestación administrativa que se solicita (cuando se formula una pretensión de condena). De esta forma el Tribunal no necesita verificar la legalidad de la actuación administrativa en aquellos casos en que la misma no afecta a los derechos del demandante y éste, por tanto, no está legitimado para exigir su control judicial. Una vez admitida la acción, para que sea estimada es necesario que, por un lado, la actuación u omisión administrativa sea contraria a Derecho y, por otro, que esa actuación ilegal haya lesionado un derecho del particular. Este esquema dual (legalidad de la actuación administrativa más lesión de un derecho subjetivo) se adapta especialmente a las acciones impugnatorias. En las de condena, sin embargo, los dos elementos son las dos caras de la misma moneda, pues si en el sistema alemán lo que único que se puede pedir es el cumplimiento de aquellas obligaciones administrativas que son correlativas de derechos subjetivos del particular, entonces si la Administración está efectivamente obligada a realizar la prestación exigida en la demanda, el particular tendrá un derecho subjetivo, y viceversa (vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §26.3, pg. 484).

dad es correlativa de la obligación de la Administración Pública que se exige mediante la pretensión de condena, y esa obligación constituye justamente el fondo del asunto. Es decir, sólo se puede saber si el funcionario que demanda que se condene a la Administración a pagarle un millón de pesetas en concepto de retribuciones atrasadas tiene derecho a ello, cuando se han examinado todos los elementos del caso y se ha decidido si la Administración debe ser condenada. Lo único que se puede exigir al demandante en la fase de admisibilidad es que no formule pretensiones de condena que no sirvan para satisfacer un derecho individual suyo, y por tanto se le pedirá que invoque un derecho subjetivo como base de esa pretensión. También es fácil comprender que, en este sistema, el derecho subjetivo no puede aparecer sólo como presupuesto procesal, puesto que en esa primera fase sólo se puede apreciar una apariencia de derecho, mejor dicho, un derecho condicionado al resultado del proceso, un derecho que sólo se considerará existente si el Tribunal entiende que la realidad jurídica se ajusta a la versión que defiende el demandante.

En aquellos sistemas, como el español, en que los intereses legítimos no sólo facultan a los particulares para impugnar los actos administrativos que les perjudiquen (como en Francia con el recurso por exceso de poder o como ocurría en nuestro Derecho con la LJCA/1956), sino que les permiten obtener una tutela completa de tales intereses, obligando a la Administración (a través, en su caso, de pretensiones y sentencias de condena) a ajustar a Derecho su conducta siempre que la misma afecte a tales intereses, la diferencia entre las dos formas de integrar las posiciones jurídicas subjetivas en el proceso se reduce mucho. En la misma fase de admisión del recurso es posible determinar si la actuación administrativa impugnada o la obligación que, según el demandante, la Administración tiene y no ha cumplido, afectan a sus intereses<sup>3</sup>. Por ello mismo, una vez superada esa fase, basta con examinar si lo que pretende el particular se ajusta al Derecho objetivo, es decir (ciñéndonos al caso de las pretensiones de condena), si la Administración está obligada jurídicamente a hacer lo que el particular pide que se le condene a llevar a cabo. Si es así, esa condena no sólo servirá para ajustar a Derecho la conducta administrativa sino también para tutelar un interés del particular, como ya se comprobó en la fase de admisión.

Cuando la pretensión de condena persiga la satisfacción de un derecho subjetivo en sentido estricto (lo que ocurrirá necesariamente cuando se formule como recurso contra la inactividad, art. 29.1 LJCA), será posible distinguir entre la legitimación exigida para la admisión del recurso [arts. 51.1 b) y 69 b) LJCA], consistente en la *invocación* del derecho, y la titularidad de ese derecho que será un requisito de la estimación del recurso y por tanto de la obtención de

3. Esta verificación es no sólo posible sino también obligatoria, pues el art. 69 b) LJCA obliga al órgano judicial a dictar una sentencia de inadmisión cuando el recurrente no esté legitimado, y lo mismo puede declararse previamente mediante auto cuando «constare de modo inequívoco y manifiesto», según el art. 51.1 b).

una sentencia de condena<sup>4</sup>. Es posible, por tanto, que la pretensión sea admitida y a continuación desestimada porque el órgano judicial niegue el derecho subjetivo invocado por el demandante y, en consecuencia, también la obligación de la Administración que se intentaba hacer efectiva con la pretensión de condena.

En los demás casos, es decir, cuando la pretensión de condena se apoye en un interés legítimo, la existencia de éste quedará completamente acreditada con la admisión del recurso. El examen del fondo de éste, en el que se discutirá si la Administración tiene realmente el deber jurídico al que el demandante sostiene que está sometida, no añade nada respecto a la condición de interesado del demandante, puesto que esta condición es independiente de la legalidad o ilegalidad de la omisión o inactividad administrativa. Lo único que se deriva, a este respecto, de que la inactividad administrativa sea ilegal, es que también será ilegal la lesión infligida al interés del particular.

El resultado del análisis es, por tanto, que una vez acreditada en la fase de admisión la relación subjetiva entre el demandante y el objeto del proceso, relación que se pone de manifiesto con la invocación de un derecho subjetivo o la titularidad de un interés legítimo, el examen del fondo del asunto se debe centrar en la legalidad de la actuación administrativa, sea de una actuación positiva (el acto impugnado en las pretensiones anulatorias) o negativa (la negativa a cumplir el requerimiento dirigido previamente por el particular).

Esto no significa que la posición subjetiva exigida al demandante para la admisión del recurso sea un mero presupuesto procesal, de tal forma que, una vez admitida la demanda, la tramitación continúe por los cauces de un proceso objetivo dirigido a la depuración del actuar administrativo. Por el contrario, el contenido de la sentencia (pronunciamientos anulatorios y/o de condena) viene determinado por esas posiciones subjetivas del demandante, es decir, por lo que sea necesario para la tutela de las mismas, y no por el control de legalidad, que podría exigir ir más allá de la anulación en casos en que el demandante sólo haya formulado una pretensión impugnatoria o por el contrario podría

---

4. Como explicaré en el Capítulo XI, la redacción de los arts. 70.2 y 71.1 LJCA no es especialmente feliz a la hora de dejar claro el carácter subjetivo del proceso, pues por un lado liga la estimación del recurso a la ilegalidad del acto, disposición o acto impugnados, y por otro, asume que en ese caso se accederá a la eventual pretensión de reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada. La estimación o desestimación debería predicarse más bien de cada una de las pretensiones deducidas. Dado que la impugnación es un pie forzado del recurso contencioso-administrativo (con algunas excepciones) y en muchos casos el paso obligado para la deducción de una pretensión de condena, puede suceder que el acto impugnado sea contrario a Derecho pero que a la vez no sea estimada la pretensión de condena porque el órgano judicial entienda que la Administración no tiene el deber u obligación en los que ésta se basa. En estos casos, por tanto, tampoco se reconocerá el derecho subjetivo eventualmente invocado por el demandante (derecho cuya invocación le permitió superar la barrera de la admisibilidad).

entenderse limitado en todo caso a la anulación sea cual sea la base subjetiva del recurso del particular (como ocurre con el exceso de poder en Francia). Además, dado el cauce procesal en que el legislador español de 1998 ha encajado las pretensiones de condena (arts. 29.1 y 31.2), la Ley deja claro que se condena a la Administración a dictar un acto o a cumplir otra prestación, no sólo porque esté obligada jurídicamente a ello, sino porque el demandante tiene derecho a ello (art. 29.1) o porque así lo exige la satisfacción de un interés de éste, es decir, una posición jurídica subjetiva individualizada (art. 31.2).

La determinación de lo que sea interés legítimo a estos efectos no necesita ulteriores explicaciones, pues la ha venido haciendo la Jurisprudencia sin demasiados problemas y de forma bastante generosa en aplicación de la LJCA/1956, interpretada también de conformidad con el artículo 24.1 CE.

## **2. LA ACCIÓN POPULAR EN EL CONTEXTO DE UNA CONFIGURACIÓN SUBJETIVA DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

El esquema expuesto en el epígrafe anterior sufre alguna alteración en los casos de acciones populares legalmente establecidas [art. 19.1 *h*) LJCA]. Con frecuencia la acción popular no es más que la renuncia legal a exigir la acreditación de un interés que, en un Estado que reconoce el derecho al acceso a la cultura (art. 44.1 CE) y al medio ambiente (art. 45.1 CE) y que fija como función preceptiva para los poderes públicos la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico (art. 46.1 CE), se presume «*iuris et de iure*» en todos los ciudadanos<sup>5</sup>. Esto explica los principales supuestos de acción popular: urbanismo, medio ambiente, patrimonio histórico y cultural, etc.

Los recursos interpuestos en ejercicio de la acción popular no tienen por qué estar limitados a la anulación de los actos eventualmente impugnados, sino que, teniendo por finalidad imponer a las Administraciones el respeto al Derecho en los ámbitos materiales de que se trate en cada caso, podrán incluir todas las pretensiones necesarias, especialmente de condena<sup>6</sup>. Por lo demás, los propios textos legales que reconocen supuestos concretos de acción popular son compatibles con esta tesis y admiten tal acción para exigir el cumplimiento de

5. En este sentido, calificando a la acción popular de instrumento de tutela de los intereses difusos y relacionándola con los principios rectores de la política social y económica, ALONSO GARCÍA, E.: «El artículo 24.1», cit., pg. 1011.

6. En contra, GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pg. 211, para quienes la acción popular sólo permite deducir pretensiones de condena de tipo conservativo, tendentes a eliminar los perjuicios producidos por el acto impugnado.

la legalidad y no sólo para atacar los actos que se aparten de la misma (así, el art. 304 del TRLS de 1992, aún vigente)<sup>7</sup>.

7. Como se puede confirmar repasando la doctrina que ha estudiado la acción popular urbanística. Así, PÉREZ MORENO, A.: «La acción popular en materia de urbanismo», *RDÜ*, 15 (1969), pgs. 71-98, aunque entiende que la acción popular da lugar a un recurso objetivo en el que sólo se pueden deducir pretensiones anulatorias, da un amplio alcance a la pretensión de que se impongan las consecuencias de la anulación, que es auxiliar de ésta y también es admisible. Por esta vía admite que se obtenga, en ejercicio de una acción popular, una Sentencia que condene a la Administración a ordenar la demolición de un edificio construido al amparo de una licencia ilegal, o a la reapertura de una calle ilegalmente cerrada (pgs. 90-91). En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 506 y 514. Por su parte, RODRÍGUEZ MORO, N.: «Acción popular para impugnar en vía contenciosa la inactividad de la Administración ante infracciones de normas urbanísticas», *REVL*, vol. XXXI (1972), núm. 174, pgs. 341-350, entiende que la acción popular se puede ejercer no sólo contra actos administrativos expresos (licencias, por ejemplo), sino también contra las desestimaciones o la simple inactividad administrativa ante denuncias presentadas contra conductas de particulares» (pgs. 342-344). De este modo se pueden obtener mediante la acción popular Sentencias de condena que rompan la inactividad y obliguen a la Administración a garantizar, incluso frente a terceros, el respeto de la legalidad urbanística. Interpretando adecuadamente la exigencia de que la solicitud se haya formulado antes en vía administrativa, e integrando también el recurso contra la inactividad administrativa y la acción popular, se llega a la conclusión de que la acción popular permite la formulación de pretensiones de condena. La Jurisprudencia viene admitiendo, desde fechas tempranas (Sentencias de 11 de enero de 1972 [RJ 1972, 705] y 22 de febrero de 1978 [RJ 1978, 726]), que al amparo de la acción popular se pueden formular pretensiones de demolición (pretensiones de condena), apoyadas en una previa pretensión anulatoria. Lo que se rechaza, lógicamente, es que quien sólo invoca la acción popular por carecer de una relación personal con la relación jurídica litigiosa, pueda pretender que se reconozca un derecho suyo o que se condene a la Administración a pagarle una cantidad de dinero o a llevar a cabo otra conducta directamente en favor suyo. Una aplicación de estos límites en la Sentencia de 24 de abril de 1978 (RJ 1978, 1840).

## La vía administrativa previa en las pretensiones de condena

### 1. EL CARÁCTER REVISOR DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LA LEY JURISDICCIONAL DE 1956 Y SUS CONSECUENCIAS RESPECTO A LA FUNCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La LJCA/1956, condicionada por la legislación anterior y por la mentalidad doctrinal y jurisprudencial del momento en que fue aprobada, utilizó al acto administrativo como elemento central que servía para ordenar el sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa, como se puede comprobar fácilmente acudiendo a su texto. Así, el acto es imprescindible para la iniciación del proceso (arts. 1.1 y 37.1), y también para su continuación, porque si la Administración estima la petición del demandante en vía administrativa, el proceso termina anticipadamente (art. 90). El contenido de la sentencia también gira alrededor del acto, puesto que el primer pronunciamiento se refiere necesariamente a su conformidad a Derecho [arts. 83.1 y 84 *a*)]. La única excepción son los recursos interpuestos en relación con la desestimación por silencio negativo de una solicitud, ya que, a no ser durante el período de vigencia de la redacción inicial de la LRJ-PAC, la desestimación presunta no se ha considerado nunca un acto en sentido estricto, aunque también en estos casos el recurso contencioso-administrativo tenía, de acuerdo con la LJCA/1956, una estructura impugnatoria.

La LJCA/1956 admitió la formulación de cualesquiera pretensiones, no sólo de la pretensión de anulación del acto impugnado, de manera que el objeto del proceso eran estas pretensiones, y no el acto (art. 1.1). Por la razón que sea, sin embargo, la Ley optó por unir las pretensiones en todo caso a un acto administrativo *impugnado*, aprovechando de ese modo la estructura tradicional del proceso administrativo, asumida por la jurisprudencia durante décadas de aplicación de la Ley Santamaría de Paredes. Por ello dicha Ley sigue hablando de «recurso» contencioso-administrativo, lo que hace referencia clara a la impugnación de un acto, y todo demandante debe obtener un acto administrativo que pueda funcionar como objeto del recurso y soporte de sus pretensiones.

Las fórmulas utilizadas por la Ley para definir las pretensiones y el objeto del recurso (en especial, la de «reconocimiento de una situación jurídica individuali-



zada») eran lo suficientemente amplias y genéricas como para permitir una interpretación progresiva, que hiciera posible deducir en el proceso regulado por dicha Ley toda pretensión basada en el Derecho administrativo, sin otra carga que la de formularla en relación con un acto administrativo. La Ley no establecía, por tanto, ningún obstáculo insalvable que impidiera a los órganos judiciales pronunciarse sobre el fondo de ningún tipo de pretensiones jurídico-administrativas<sup>1</sup>. No era difícil obtener un acto administrativo que permitiera formular («en relación con» ese acto) cualquier pretensión<sup>2</sup>. Por otro lado, ese acto previo era sólo un requisito procesal del ejercicio de la acción, que no determinaba el objeto del proceso ni el contenido de la sentencia.

De todas formas, parece claro que la LJCA/1956 no nació con la pretensión de otorgar tutela judicial a todos los titulares de derechos e intereses legítimos (algo que no era exigible jurídicamente de acuerdo con las normas constitucionales de la época), sino que tenía como finalidad, de un lado, permitir impugnar los actos administrativos a todos los perjudicados por los mismos, y por otro ofrecer a los titulares de derechos subjetivos de carácter administrativo dirigidos a la obtención de una concreta prestación, una vía para obtener la tutela de los mismos (a través, en su caso, de sentencias declarativas o de condena).

Utilizar el aparato conceptual de la legislación anterior (recurso contencioso-administrativo, acto impugnado, etc.) a pesar de su superación material, que es lo que hizo la LJCA/1956, evita cambios bruscos que pueden ser difícilmente asumibles por la jurisprudencia y por los demás afectados, la Administración y los particulares<sup>3</sup>. Pero conlleva varios riesgos. El primero de ellos es que la jurisprudencia puede aferrarse a la interpretación y entendimiento tradicionales de ese aparato conceptual y negarse a aplicar los nuevos elementos o posibilidades que se añaden al mismo, y por tanto, la integración de nuevas vías o ámbitos de tutela jurídica en un sistema contencioso-administrativo precedente que partía de otros presupuestos puede ser muy problemática.

La doctrina ya ha mostrado detalladamente cómo la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa se ha negado a ver en el principio revisor un simple instrumento procesal que regula la formulación de las pretensiones pero que no debe

1. Otra cosa eran los obstáculos de legitimación, puesto que, como he puesto de manifiesto en el capítulo VI, la Ley reservaba la formulación de pretensiones de condena a quienes invocaran la titularidad de derechos subjetivos. Expresiones legales como la entrecomillada en el texto permitieron a cierta jurisprudencia superar la literalidad de los arts. 28.2 y 42 y dictar sentencias de condena también cuando los demandantes invocaban sólo intereses legítimos.
2. Como decía la Exposición de Motivos (§IV.2), «[l]a existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».
3. De todas formas, esta afirmación es muy discutible. Por un lado, porque el principio revisor, que la Ley tomó del Derecho anterior, puede alcanzar en su aplicación práctica una gran complejidad. Por otro, porque el abandono de este principio significaría en gran medida la aplicación al proceso administrativo de esquemas propios del proceso civil, bien conocidos por la Jurisprudencia.

impedir el acceso de ninguna de ellas al proceso contencioso<sup>4</sup>. Más bien ha seguido considerando al acto impugnado como objeto del proceso y lo ha utilizado para recortar el contenido de la sentencia, haciendo imposible en muchos casos la tutela judicial de las pretensiones de las partes. La reacción doctrinal ha consistido en subrayar que, en una interpretación correcta de la LJCA/1956 (y aún más de la vigente), el acto administrativo debe ser considerado un simple requisito procesal que por tanto no constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo<sup>5</sup>.

Por otro lado, la necesidad de identificar siempre un acto administrativo para poder formular la pretensión «en relación con» él, ha llevado a la deformación del concepto de acto administrativo. Tal acto administrativo es una resolución con la que la Administración ejerce una de sus potestades, en la que se establece un determinado contenido prescriptivo y que se dicta tras la tramitación del correspondiente procedimiento, como la decisión que se supone implícita a cualquier actuación material de la Administración o incluso la simple respuesta denegatoria a cualquier petición del particular, aunque lo que el particular hubiese pedido no fuese un acto sino una simple actuación material administrativa<sup>6</sup>. De esta forma, y

4. Así, vid. FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora*, cit., *passim* y en especial pgs. 59 y ss. Sobre la función del acto administrativo en el sistema de justicia administrativa implantado por la LJCA/1956, y su compatibilidad con la CE, vid., FERNÁNDEZ LOZANO, R.: «La configuración del acto administrativo como objeto del recurso contencioso-administrativo», *REVL*, 222 (1984), pgs. 73-90.

5. Ésta ha sido la tónica dominante en la doctrina, que ha defendido a la LJCA/1956 frente a las críticas basadas en el funcionamiento exclusivamente revisor del contencioso-administrativo, funcionamiento deficiente achacable por tanto a la jurisprudencia: vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. II, pg. 710: «El objeto de todo proceso, y por tanto del proceso administrativo, es siempre una pretensión, algo que se pide al Juez frente a alguien porque el que lo pide estima que, según el Ordenamiento jurídico, el demandado viene obligado a no hacer lo que está haciendo o a hacer lo que no hace. (...) El acto según siendo presupuesto procesal, ¿como lo sigue siendo en la nueva Ley, incluso en los casos de inactividad material al obligar al demandante, antes de iniciar el proceso, a formular una reclamación ante la Administración inactiva y esperar a que resuelva o que transcurra el plazo común del silencio administrativo!». Para FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora*, cit., pg. 37, «en cuanto simple presupuesto del proceso, el contenido de la decisión administrativa recurrida no está llamado a definir el marco del litigio. Por el contrario, los contornos de la contienda en el contencioso-administrativo son determinados por las peticiones formuladas por las partes en relación precisamente con el acto o disposición de que se trate». Es decir, «el acto administrativo representa en buena medida un ámbito técnico dirigido a definir con precisión las contiendas con la Administración» (pg. 38). La jurisprudencia, por contra, reconoce al acto un papel mucho más importante, para lo cual carece de apoyo en la LJCA: «El acto o disposición de la Administración es ascendido a la categoría de objeto del proceso, de tal forma que éste se orienta, no tanto hacia la satisfacción de los derechos e intereses de los ciudadanos injustamente hollados por la actuación de aquélla, cuanto hacia la tutela prevalente de la legalidad objetivamente considerada» (pg. 42).

Una posición más matizada es la de BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las Sentencias*, cit., donde afirma, por un lado, que el acto impugnado no es objeto del proceso, sino una exigencia procesal necesaria para vincular la instancia (pg. 140), pero también que el acto contribuye a delimitar el objeto del proceso al condicionar la pretensión, entre otras cosas porque de él se deriva el fundamento de la misma (141-143).

6. De hecho, la Exposición de Motivos de la LJCA/1956 (§IV.1), decía, refiriéndose a su parte dispositiva, que «[s]e habla de acto, y no de acuerdo, resolución, providencia o de cualquier otro concepto semejante, por ser aquél más extenso y comprender todas las manifestaciones de la actividad administrativa. El acceso a la Jurisdicción Contenciosa, en efecto, no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos y escritos, sino también

precepto constitucional que otorgue a la Administración la facultad de pronunciarse sobre un asunto antes de que lo haga un órgano judicial, el mero hecho de que la primera no haya tramitado completamente, por unas razones u otras, el procedimiento legalmente previsto, y que por tanto no se puedan deducir del expediente todos los elementos necesarios para pronunciarse sobre el fondo del asunto, no debe impedir al órgano judicial llevar a cabo ese pronunciamiento (que puede llevar a una sentencia desestimatoria o a una sentencia de condena en sentido estricto) si puede completar esos elementos de juicio a través de las pruebas aportadas por las partes o de diligencias para mejor proveer que no tengan una complejidad desproporcionada y no constituyan sustancialmente la sustitución en sede judicial de todo un procedimiento omitido por la Administración.

Por lo tanto, no es posible eliminar completamente el arbitrio judicial a la hora de decidir cuándo se debe dictar una sentencia de condena en sentido estricto y cuándo una sentencia-marco. Lo que sí se puede decir es que ambos tipos de sentencias son admisibles y necesarias *también en los casos en que la actividad administrativa objeto de la pretensión no contiene elementos discrecionales* (lo que contradice la tesis de la «sustituibilidad» ilimitada de las decisiones no discrecionales). Y también se puede concluir que el criterio delimitador de uno y otro tipo de decisiones no es el principio de separación de poderes, en el sentido de atribuir a la Administración la facultad de pronunciarse «en primer lugar» sobre cualquier cuestión en la que le esté atribuida la competencia decisoria, desplazando así a los Tribunales a una función revisora. El criterio que debe guiar la decisión judicial de optar por una sentencia-marco o una sentencia de condena en sentido estricto (en ausencia, como ya he repetido, de elementos discrecionales) es la cantidad y calidad de los trámites procedimentales que, omitidos o incorrectamente llevados a cabo por la Administración antes de la iniciación del proceso, son necesarios para poder resolver sobre el fondo del asunto y tendría que realizar u ordenar el órgano judicial si

---

buido a órganos determinados y a través de un procedimiento concreto. E. DESDENTADO va repasando los distintos argumentos que se han apuntado para justificar la renuncia judicial al control de tales decisiones (argumentos similares a los que se han examinado en este epígrafe) y concluye que ninguno de esos argumentos tiene el suficiente peso jurídico como para privar de eficacia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que es en lo que se traduce la abstención judicial de controlar el fondo de las valoraciones apoyadas en la discrecionalidad técnica (pg. 143). A su vez, el control judicial de la discrecionalidad técnica colapsaría aún más los Tribunales contencioso-administrativos y les obligaría a tramitar por sí y con la ayuda de peritos los más diversos procedimientos administrativos (exámenes, oposiciones, evaluaciones de impacto ambiental, etc.; pgs. 149 y ss.). Dadas sus premisas, no hay forma de salir racionalmente de esta aporía y justificar jurídicamente el resultado (pg. 152). A mi juicio, el problema se deriva de tratar el control judicial de fondo de este tipo de actos administrativos de forma unitaria, sin distinguir adecuadamente entre el control negativo (que lleva a una sentencia-marco) y el control positivo (que permite dictar sentencias de condena en sentido estricto). Aunque a veces se menciona la sustitución al hablar del control, no se analiza directamente en ningún momento esta distinción y sus consecuencias jurídicas. El control negativo permite satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva (o al menos hacer posible su satisfacción completa en un momento posterior) sin provocar consecuencias disfuncionales. Por tanto, la sentencia-marco permite, al contrario que el control judicial absoluto (que es la única alternativa planteada por E. DESDENTADO a la renuncia al control judicial de estas decisiones), atender los argumentos de eficacia y de división funcional de poderes sin estar lastrada por la vulneración de un derecho fundamental.

Como en cualquier otro proceso, la sentencia contencioso-administrativa debería examinar la admisibilidad y, a continuación, decidir si la pretensión formulada por el demandante debe ser estimada. El agotamiento de la vía administrativa previa (es decir, la obtención del «acto previo» que permita vincular la instancia y la interposición del recurso administrativo cuando sea necesaria) debería ser examinado, como un requisito procesal más, dentro de la admisibilidad<sup>9</sup>.

Una vez llegados al examen del fondo de la pretensión, es decir, a la cuestión de si ésta debe ser estimada, la función del acto «impugnado» no puede ser la misma en todos los casos, a pesar de lo que daba a entender la LJCA/1956 al mencionarlo en los artículos 83 y 84 sin hacer distinción alguna. Y esta variedad de funciones del acto debe ser predicada, a mi juicio, frente a cualquiera de las concepciones unitarias que se han propuesto: ni el acto es siempre objeto del recurso, ni es siempre un *simple* presupuesto procesal. Ante actos administrativos en sentido estricto, es decir, resoluciones que imponen un determinado efecto jurídico al particular y contra las que éste formula una pretensión anulatoria (acompañada o no de otras dirigidas básicamente a eliminar los efectos ya producidos por el acto), el examen de fondo de la pretensión consistirá exactamente en comprobar si el acto recurrido se ajusta a Derecho<sup>10</sup>. Y no porque éste sea necesariamente el primer pronunciamiento de toda sentencia contencioso-administrativa, sino porque lo exige el contenido de la pretensión formulada.

Cuando se haya deducido una pretensión de condena, la decisión sobre el fondo de la misma deberá partir de si concurren (o no) sus presupuestos fácticos y jurídicos. Cuando el particular haya formulado anteriormente esa pretensión en vía administrativa (por exigírselo la propia legislación procesal administrativa) y la Administración se haya limitado simplemente a negar que se den sus requisitos, la actividad judicial y la sentencia deberán centrarse en el análisis de la concurrencia de los presupuestos de la pretensión del particular, siendo irrelevante en principio (salvo como mero requisito procesal) la resolución administrativa<sup>11</sup>. Si concurren los presupuestos de la pretensión del particular, ésta deberá ser estimada y la sentencia

9. Así, en el proceso administrativo alemán la interposición del recurso administrativo constituye, en aquellos casos en que es obligatoria antes de acudir a la vía judicial (lo que sólo ocurre cuando se impugna un acto administrativo o se solicita que se condene a la Administración a dictarlo), un requisito de admisibilidad: por todos, vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §14.148 (pg. 315).
10. Así sucede, por ejemplo, en los recursos dirigidos contra sanciones, órdenes de ejecución, liquidaciones tributarias y demás actos de gravamen, o cuando un tercero impugna un acto favorable, como una concesión administrativa.
11. Es lo que ocurre cuando la Administración deniega una licencia y el particular presenta un recurso contencioso-administrativo dirigido formalmente contra el acto denegatorio pero con el que en realidad pretende que se condene a la Administración a dictar la licencia. De todas formas, la eventual decisión administrativa denegatoria puede producir algunos efectos en cuanto, al estar motivada [art. 54.1 a) LRJ-PAC], se basará en el incumplimiento de ciertos requisitos y puede afirmar expresa o implícitamente que otros sí se cumplen. En este último caso, dicha decisión impedirá que se pueda denegar el acto o prestación solicitados por el particular con base en el eventual incumplimiento de esos requisitos antes reconocidos, porque para volverse atrás de esa decisión favorable inicial la Administración deberá acudir a los procedimientos de revisión de oficio o proceso contencioso-administrativo previa declaración de lesividad.

declarará también (porque así lo exige la Ley) que el acto denegatorio no se ajusta a Derecho y lo anulará, pero esa legalidad o ilegalidad del acto impugnado deben ser, en principio, irrelevantes. Prueba de ello es que, si el particular carece de los requisitos exigidos para la estimación de su pretensión, ésta será desestimada, sin que importen los eventuales vicios del acto denegatorio (por ejemplo, que éste haya invocado un motivo erróneo o que, por ser presunto, no haya cumplido los requisitos procedimentales necesarios para denegar la solicitud presentada).

En otros casos, el acto administrativo previo desempeña una función más importante en la decisión judicial sobre el fondo de la pretensión de condena. Se trata de aquellos casos en que la obtención por el particular de la prestación o acto favorable al que aspira está legalmente condicionada a una decisión discrecional de la Administración o a una decisión no estrictamente discrecional pero que exige la realización de operaciones procedimentales o de valoraciones técnicas complejas, de tal forma que no es posible decidir de forma simple y casi automática, a la vista de las normas aplicables, si la solicitud del particular debe ser estimada<sup>12</sup>. Frente a lo previsto en el artículo 29 de la LJCA/1998, en estos casos la norma que atribuye un derecho al particular exige una resolución administrativa que reconozca ese derecho en cada supuesto concreto, de tal forma que la Administración debe emitir una decisión afirmativa (expresa o presunta, si se ha previsto el silencio positivo) para que el particular adquiera el derecho o reciba la prestación solicitada. En consecuencia, la presentación de una solicitud en vía administrativa no sirve sólo para cumplir un requisito procesal, sino para permitir a la Administración ejercer su potestad y, en caso de que disponga de un margen de discrecionalidad, oponerse a la estimación de la solicitud del particular invocando un obstáculo basado en el interés público. El acto administrativo no sólo es un requisito procesal, sino también el objeto de la pretensión, ya que el demandante pide que se condene a la Administración a dictar un acto favorable, requisito necesario para que él pueda llevar a cabo la actuación proyectada o disfrutar del derecho al que aspira. Además, la sede apropiada para verificar si se dan los presupuestos del objeto solicitado por el demandante (es decir, del acto administrativo favorable a sus intereses) es el procedimiento que debe tramitar la Administración al recibir la solicitud del particular, por lo que el órgano judicial sólo podrá resolver sobre el fondo de la pretensión formulada y decidir si la Administración debe dictar, o no, ese acto, a partir de la revisión y crítica del acto (denegatorio) impugnado y del procedimiento que haya llevado al mismo.

En conclusión, debe recordarse que el objeto del proceso son en todo caso las pretensiones formuladas por las partes, y su finalidad es darles satisfacción jurí-

12. Un ejemplo de este tipo de decisiones «automáticas», en las que la decisión previa de la Administración sobre la solicitud del particular, en caso de que la haya, es irrelevante porque el derecho del particular al acto o prestación solicitados depende únicamente de que acredite cumplir los requisitos legalmente exigidos, es el otorgamiento de autorizaciones regladas. Ejemplos de actos del segundo tipo son las resoluciones que adjudican contratos, concesiones, becas, subvenciones, etc. en procedimientos selectivos o los actos favorables en cuyo otorgamiento la Administración dispone de un margen de discrecionalidad.

dica, ya sea mediante una resolución de inadmisibilidad o a través de una resolución sobre el fondo. Las sentencias de fondo se deben centrar, por tanto, en la cuestión de si concurren los presupuestos de las pretensiones formuladas, y no en los requisitos procesales, que deben ser examinados en el control de admisibilidad. Ciertamente, si determinadas personas jurídicas (las Administraciones Públicas) están habilitadas para dictar un tipo de actos (los actos administrativos) que inciden directamente sobre la esfera jurídica de otros sujetos, y además nos encontramos en un Estado de Derecho que reconoce a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial de sus posiciones jurídicas, los particulares lesionados podrán formular pretensiones anulatorias contra tales actos, y en esa medida los actos administrativos serán, indirectamente, objeto del proceso. Pero de ahí no se deriva que el acto deba ser *siempre* el objeto del proceso administrativo o que todo proceso contencioso-administrativo se deba orientar (en su nacimiento, en la sentencia, etc.) alrededor de un acto administrativo: se acaba de ver, por el contrario, que la atribución al acto de esa función nuclear sólo es posible deformando tanto su concepto como la propia estructura del proceso.

## 2. EL PAPEL DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA EN LA LEY JURISDICCIONAL DE 1998

Como he argumentado en el Capítulo VII al explicar el sistema de pretensiones de la LJCA/1998, en ella se mantiene el carácter impugnatorio de toda acción contencioso-administrativa. El esfuerzo realizado para facilitar la deducción de ciertas pretensiones (como las de condena) que anteriormente sólo podían formularse por la vía indirecta de la impugnación de actos administrativos, no se traduce en la introducción de acciones que no estén ligadas a la impugnación de ningún tipo de actuación administrativa, sino en la ampliación del catálogo de especies de actividad administrativa impugnabile, en el que pasan a integrarse la inactividad administrativa y la vía de hecho<sup>13</sup>. Con ello se renuncia a seguir la vía de otros

---

13. Conviene recordar que este carácter impugnatorio de todas las acciones o *recursos* (término cuya conservación muestra el mantenimiento del carácter impugnatorio, por cierto) regulados en la LJCA no es una consecuencia que haya que aceptar necesariamente si se quiere imponer al demandante, para evitar pleitos inútiles, la carga de comunicar a la Administración sus pretensiones antes de la iniciación del proceso, dándole con ello una oportunidad de satisfacerlas extraprocésalmente. La imposición de esta carga al demandante (que en nuestra doctrina han considerado plausible autores como GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El control jurisdiccional», cit., pg. 20, o PARADA, R.: «Réplica a Nieto», en *La Administración y los Jueces*, cit., pg. 177) no transforma necesariamente la posterior acción judicial en impugnatoria de la eventual respuesta de la Administración a esa reclamación o requerimiento, como se puede comprobar en el supuesto repetidamente citado de las demandas civiles que se interponen contra la Administración, previa presentación de la correspondiente reclamación en vía gubernativa. Aquí se obliga a los demandantes a agotar una vía administrativa previa, pero ello no significa que la demanda se deba interponer en relación con la denegación de la reclamación gubernativa. Si la LJCA/1998 conserva el carácter impugnatorio del recurso no es, por tanto, por considerar conveniente que las pretensiones se formulen previamente en vía administrativa (lo que ni siquiera es obligatorio en el supuesto de la vía de hecho), sino por haber seguido la opción sistemática del «recurso contra la inactividad en el que se plantea una pretensión de condena» en lugar de, más simplemente, regular las pretensiones de condena deducidas en el marco de una genérica acción contencioso-administrativa en la que se puedan formular

Derechos, sobre todo el alemán, en los cuales las pretensiones de condena son eso, pretensiones de condena simplemente, formuladas como tales y no en relación con ninguna impugnación, aunque en algunos casos (cuando lo que se solicita en la pretensión de condena es la adopción de un acto en sentido estricto y no de una actuación material) sea necesario formular antes la petición en vía administrativa<sup>14</sup>.

Aunque todos los recursos regulados en la LJCA son impugnatorios, el objeto de la impugnación no es siempre el mismo, y sobre todo no es siempre la decisión administrativa (expresa o presunta) con la que se responde negativamente al requerimiento que el particular ha de dirigir a la Administración antes de poder acudir a la vía contencioso-administrativa. Así sucede, por lo que ahora interesa, en el recurso contra la inactividad (arts. 29 y 32.1). Este recurso es impugnatorio en el sentido de que se dirige contra una actuación administrativa (en este caso en forma de omisión). Debido a ese carácter impugnatorio, la sentencia deberá enjuiciar la conformidad a Derecho de la inactividad (art. 70.1), lo que no ocurre, por ejemplo, en una pretensión de condena civil o en las pretensiones de condena del proceso administrativo alemán. Sin embargo, el objeto del recurso es la inactividad

---

toda clase de pretensiones sea cual sea la forma en que la Administración haya actuado previamente. Es esta segunda opción la que responde más cabalmente a la tutela judicial requerida por el demandante, pues lo que éste necesita es que se declare su derecho a obtener la prestación solicitada (lo que constituye una petición relativa al futuro) y no un juicio sobre la conformidad a Derecho de la inactividad (pasada). La LJCA se ha quedado aquí a medio camino, pues por un lado habla de recurso contra la inactividad (por tanto, impugnación), pero por otro niega, lógicamente, que el objeto de la impugnación sea la respuesta administrativa al requerimiento que el particular debe formular previamente en vía administrativa. De hecho, y contrariamente a lo sugerido por la terminología utilizada (recurso contra la inactividad), para la resolución sobre el fondo de esta acción se debe tener en cuenta el Derecho vigente en el momento de dictar sentencia, y no cuando se produjo la inactividad teóricamente impugnada.

14. Sobre las pretensiones en la Jurisdicción Administrativa alemana, vid. *supra*, en el Capítulo II. Con la «*Verpflichtungsklage*» se pide que se condene a la Administración a dictar un acto administrativo, y no que se anule la respuesta denegatoria a la solicitud del particular, incluso en el caso de que esa denegación haya sido expresa (es la llamada «*Versagungsgegenklage*»): por todos, vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §15.3 (pg. 320), «sin que tenga que construirse un acto administrativo», como dice GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pg. 257, nota 192 (hablando de la «*allgemeine Leistungsklage*»). Entre nosotros, han pedido la adopción de un sistema similar GONZÁLEZ VARAS, S.: *Problemas procesales*, cit., pgs. 23 y ss., *La jurisdicción*, cit., pg. 148, y también BACIGALUPO, M.: «¿Es posible ejercitar pretensiones de condena en los recursos contencioso-administrativos contra actos negativos expresos?», cit., pg. 1106, puesto que, aunque se puede provocar siempre la producción de un acto administrativo, una pretensión anulatoria no proporciona la tutela judicial que necesita el recurrente: «la condena debe dejar de ser un medio anexo a la anulación, como medio de “cumplimiento de las consecuencias de la anulación”, para gozar de un tratamiento o cauce procesal específico» (GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pg. 201). De todas formas conviene recordar, en línea con lo que he venido sosteniendo en los Capítulos VI y VII, que el hecho de que todas las pretensiones tuviesen que deducirse, en la Ley de 1956, en relación con la impugnación de un acto administrativo o en la vigente LJCA en relación con la impugnación de algún tipo de actividad administrativa, no significa que en esas Leyes sólo quepa la pretensión anulatoria ni que las pretensiones de condena se admitiesen antes o se admitan ahora únicamente «como medio de “cumplimiento de las consecuencias de la anulación”»; al menos a partir de una interpretación no restrictiva de los distintos textos legales no es necesario llegar a esas conclusiones tan negativas.

y no la eventual respuesta de la Administración al requerimiento del particular (art. 29.1)<sup>15</sup>.

Como ya he afirmado varias veces a lo largo de este trabajo, el limitado ámbito del recurso contra la inactividad administrativa impide que las pretensiones de condena tengan un régimen uniforme, ya que muchas de ellas se van a tener que canalizar a través del recurso contra actos administrativos, de acuerdo con los artículos 25 y 31.2. Ello significa que la vía administrativa previa y el acto administrativo impugnado van a seguir desempeñando funciones distintas en cada caso, realidad que el legislador sigue sin reconocer.

Así, cuando se interpone un recurso contra la inactividad, la eventual respuesta expresa de la Administración al requerimiento formulado por el demandante no constituye un acto administrativo y por ello no es objeto del recurso<sup>16</sup>. Al no ser un acto, no produce otro efecto que el de dar por cumplida la carga del requerimiento previo y abrir el plazo de interposición del recurso (art. 46.2). En especial, no puede provocar la entrada en juego de la excepción de acto consentido (art. 28): el hecho de presentar el requerimiento previsto en el artículo 29.1 no obliga al particular a interponer después el recurso contra la inactividad, ni de la no interposición se pueden derivar consecuencias desfavorables para él. El requeri-

15. Es interesante destacar que, a la vista del texto finalmente aprobado, una eventual denegación expresa de la Administración al requerimiento interpuesto por el particular no impide a éste presentar recurso contra la inactividad (art. 29.1). En este sentido creo que la LJCA se aparta del modelo del recurso comunitario por omisión (art. 232 TCE), en el que, si la institución requerida se pronuncia expresamente, ya sólo cabe interponer un recurso de anulación contra esa toma de postura denegatoria. Por tanto, no se han confirmado los temores expresados por M. BACIGALUPO a la vista del Proyecto de 1995 en «¿Es posible?», cit., pg. 1108. Por otra parte, J. GONZÁLEZ PÉREZ ha comentado la regulación del nuevo recurso contra la inactividad desde la óptica de la LJCA/1956, para negar que haya diferencias prácticas entre la función del acto impugnado en los recursos contra actos (acto en relación con cuya impugnación se pueden deducir cualesquiera pretensiones) y el papel de la eventual respuesta administrativa al requerimiento o reclamación que prevé el art. 29.1 LJCA. J. GONZÁLEZ PÉREZ ha defendido, como he indicado en la nota 13, el privilegio de decisión previa diciendo que es elemental plantear antes la petición en vía administrativa, al objeto de dar a la Administración la posibilidad de estimarla y hacer innecesario el proceso: «no tiene sentido poner en marcha el mecanismo procesal si no existe una situación litigiosa, lo que presupone la actitud de una persona (que será la demandada), que no accede a lo que pretende el demandante, por creer que no viene obligada a ello» (*Comentarios*, cit., vol. I, pg. 710; insiste en ello en las pgs. 711 y 725). La cuestión es que él entiende que esa necesidad de plantear la cuestión ante la Administración no se diferencia del principio revisor, es decir, de la obligación de deducir todas las pretensiones en relación con la impugnación de un acto administrativo (op. cit., pg. 725: «el régimen es el mismo»). De acuerdo con esta tesis, la respuesta administrativa a la reclamación del particular es un acto («pues acto es no acceder a lo que se pide», pg. 798), aunque como ese acto «no es más que constancia de la voluntad de persistir en la actividad contraria al Ordenamiento jurídico (...) no será necesario que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la conformidad a Derecho de un acto o disposición que no existen».
16. A no ser, tal vez, que se trate de una resolución en la que, tras la tramitación del procedimiento legalmente establecido, se declare formalmente que el particular carece de los presupuestos necesarios para tener derecho a la prestación solicitada, con lo que saldríamos del ámbito del recurso contra la inactividad y sería necesario impugnar expresamente esta resolución, pero parece necesario reducir por vía interpretativa esta posibilidad, ya que complicaría en exceso la tutela judicial, siendo contrario a la buena fe aprovechar la interposición de un recurso contra la inactividad para dictar un acto expreso y alterar el escenario procesal en el que ha debido colocarse previamente el particular.



miento produce los mismos efectos que la reclamación previa al ejercicio de acciones en vía civil, lo que puede llevar también a la extensión del favorable régimen de subsanación de ésta. En definitiva, la eventual respuesta administrativa al requerimiento es un presupuesto procesal en sentido estricto. En el mejor de los casos, será un anticipo de la contestación a la demanda por parte de la Administración, en el que ésta expondrá sus argumentos para oponerse a la estimación de la petición del particular. Pero lo que importa y lo que incorpora esos argumentos al debate procesal es, sin embargo, su utilización en la fase de alegaciones del proceso. Por lo mismo, y aunque se puedan establecer unas reglas de competencia y procedimiento para la resolución de los requerimientos, el respeto a las mismas es totalmente indiferente para el proceso, y el órgano judicial no tiene que ocuparse en absoluto de la regularidad formal de esa decisión administrativa. Aunque el objeto del recurso es nominalmente la inactividad administrativa, y ésta debe ser objeto del principal pronunciamiento de fondo (art. 71), el objeto del proceso es la pretensión de condena del particular más que la conformidad a Derecho de la inactividad administrativa que haya dado origen al proceso y que será, por eso mismo, anterior a él. No se trata de una distinción intrascendente, porque de la misma se deriva, por ejemplo, que en la sentencia se deberá tener en cuenta la situación fáctica y la normativa vigente en el momento en que se concluya el proceso, que puede ser distinta de la existente cuando se presentó el requerimiento a la Administración.

En otros casos, la pretensión de condena deberá formularse en relación con la impugnación de un acto administrativo, de acuerdo con el artículo 31.2 LJCA. Y ello, o bien porque lo que pide el demandante es la producción de un acto administrativo (y no de una actuación material), o porque carece de alguno de los requisitos del artículo 29.1 (porque no tiene un derecho subjetivo a la prestación que solicita o porque no hay una norma, acto o contrato que establezca un deber concreto de la Administración en favor suyo). En este supuesto, el demandante deberá provocar la producción de un acto al objeto de vincular la instancia. El concepto de acto se emplea en el sentido usual en la LJCA, es decir, como simple manifestación de la Administración (expresa o presunta) producida después de conocer la solicitud del particular, y que por tanto abre la posibilidad de que dicha solicitud se deduzca en vía judicial como pretensión procesal en sentido estricto. Dado este amplio concepto de acto administrativo, la principal diferencia práctica para el demandante entre ambas vías es la aplicación de un sistema diferente de plazos, que ya no es el del artículo 29.1 LJCA (en relación con el 46.2), sino el de los artículos 42 y ss. y 114-115 LRJ-PAC (junto al 46.1 LJCA). En cuanto a los demás efectos de ese acto, al margen de la apertura de la vía judicial, hay que destacar que, siempre que se trate de un acto expreso (es decir, no de una simple ficción procesal como en el caso del silencio negativo) da lugar a la aplicación de la excepción de acto consentido, aunque su contenido se limite a denegar la solicitud del particular y aunque lo solicitado no hubiese sido un acto sino una actuación material<sup>17</sup>.

17. La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, ha vuelto, con la nueva redacción del art. 43.3, párr. 2º, a la postura sostenida por la LRJ-PAC, según la cual «[l]a

Respecto al papel que ese acto impugnado desempeña en el proceso, es necesario hacer varias precisiones a la luz de lo que he venido sosteniendo hasta ahora. En primer lugar, dicho acto funciona como un presupuesto procesal en todo caso. La pretensión de condena sólo se puede deducir (fuera del recurso contra la inactividad, inaplicable aquí por las razones ya apuntadas) en relación con la impugnación de un acto administrativo (art. 31.2). Como el órgano judicial sólo puede pasar a examinar el fondo de la pretensión formulada si se cumplen todos los requisitos procesales, hay que entender que la falta de ese acto impugnado da lugar a la inadmisibilidad del recurso, ya se declare ésta con carácter previo (art. 51) o en la sentencia (art. 68)<sup>18</sup>. No sólo eso, sino que, como se verá en el último epígrafe de este capítulo, al amparo de la impugnación del acto sólo se pueden deducir aquellas pretensiones de condena relacionadas con él o sobre las cuales se haya dado a la Administración ocasión de pronunciarse (precisamente mediante la solicitud con la que se haya provocado la producción del acto o bien en el procedimiento previo a la misma)<sup>19</sup>.

Ahora bien: una vez superada la barrera de los requisitos procesales, ¿qué función cumple el acto impugnado? Tal como he explicado en el epígrafe anterior, esa función no es la misma en todos los casos. Es cierto que, dado que se han formulado pretensiones de condena, el acto no es nunca el objeto del proceso porque la cuestión debatida no se reduce en ningún caso a su legalidad y posible anulación<sup>20</sup>. Pero ello no significa tampoco que el acto sea en todos los casos un simple requisito procesal, es decir, un elemento irrelevante en el debate sobre el fondo de la pretensión.

En unos supuestos, para decidir si la Administración tiene el deber de realizar la prestación que constituye el «petitum» de la prestación de condena, al Tribunal le basta aplicar al supuesto concreto las normas que lo rijan. Por tanto, es en principio irrelevante qué es lo que la Administración haya contestado al particular cuando éste le planteó la solicitud. Lo único que importa a este respecto es que esa respuesta no ha satisfecho la pretensión del particular, pues en tal caso éste

---

desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente». Con ello se ha abandonado la opción seguida por la Ley 30/1992, según la cual el transcurso del plazo de resolución produce, cuando al silencio se le reconocen efectos desestimatorios y además se ha obtenido la certificación o ha transcurrido también el plazo para su otorgamiento, un acto presunto desestimatorio (interpretación dominante de los arts. 43 y 44 de la LRJ-PAC en su redacción original).

18. Entiendo que el incumplimiento de este requisito procesal encaja en la causa enunciada en los arts. 51.1 c) y 69 c): que el recurso se haya interpuesto «contra actividad no susceptible de impugnación».
19. En lo que exceda de este límite, la pretensión será inadmisile en las mismas condiciones y por la misma causa que cuando se deduce sin relación alguna con la impugnación de un acto.
20. En rigor, el acto no es el objeto del proceso en ningún caso, ni siquiera cuando la única pretensión deducida sea anulatoria. El objeto del proceso es siempre la pretensión, lo que ocurre es que ésta puede tener por objeto precisamente el acto impugnado (cuando sea éste el que haya causado el gravamen que da lugar a la acción judicial y legítima al demandante para presentarla), y por ello ese acto no es sólo, en estos casos, un presupuesto procesal, sino que tiene relevancia también en el examen del fondo de la pretensión.

carecería de legitimación para formularla en sede judicial. También es importante la decisión administrativa denegatoria, si es expresa, porque en ella la Administración puede haber reconocido la concurrencia de alguno o algunos de los requisitos del acto o prestación solicitados, lo que significa que la Administración demandada no puede cuestionarlos en el proceso que se abra a partir de la pretensión de condena, a no ser que revise la decisión denegatoria a través de los cauces legalmente previstos, entre los que no se encuentra la reconvención.

En otros casos, sin embargo, el Tribunal no puede aplicar directamente las normas que regulan la conducta administrativa objeto de la pretensión de condena (que son normas dirigidas a la Administración), y por tanto la única forma de satisfacer (en sentido jurídico) dicha pretensión del particular es estudiar el contenido del acto denegatorio (así como el procedimiento que ha llevado a su producción) o bien condenar a la Administración a resolver expresamente sobre la petición del particular para, en su caso, revisar en sede judicial una eventual decisión denegatoria. Esto sucede cuando la Administración debe decidir discrecionalmente sobre la solicitud del particular. Si dicta una denegación expresa, la pretensión de condena sólo puede prosperar sobre la base de la previa anulación de la decisión denegatoria, y ello significa que el acto impugnado no sólo funciona como requisito o presupuesto procesal sino que también tiene un papel importante en la decisión sobre el fondo del asunto<sup>21</sup>.

En estos casos, por tanto, plantear la pretensión de condena en relación con la impugnación del acto y la correspondiente pretensión anulatoria, aunque no es necesario «de lege ferenda» (y no se aplica, por ejemplo, en el Derecho alemán), tiene pleno sentido, es decir, no se trata de un mero rodeo que se obliga a dar al demandante para permitirle obtener una resolución judicial sobre su pretensión de condena, sino que estos procesos tienen por su propia naturaleza dos fases, una

21. También puede darse esta situación, y en ello insistiré especialmente en el Capítulo XII, en asuntos en los que la Administración no dispone en sentido estricto de ningún margen de discrecionalidad, pero en los cuales la decisión sobre la petición del particular requiere la tramitación de un determinado procedimiento o la obtención de distintos datos y elementos de juicio, labor que no parece oportuno que lleve a cabo con sus propios medios el órgano judicial en ausencia de un pronunciamiento administrativo previo, estando la Administración mucho mejor preparada para ello. Por tanto, en supuestos de este tipo el acto impugnado no es un simple requisito procesal que se deja a un lado una vez admitida la demanda, sino que es necesariamente la base de la actividad de enjuiciamiento: la estimación de la pretensión deducida por el particular sólo puede producirse a partir precisamente de una crítica de la decisión administrativa que lleve a su anulación, y a partir además de una reinterpretación de los datos y declaraciones obrantes en el expediente que lleve a admitir un resultado diferente del establecido por la Administración. Por lo mismo, en caso de inactividad administrativa en este tipo de supuestos el Tribunal deberá limitarse normalmente a condenar a la Administración a dictar una decisión expresa y fundada sobre la solicitud del particular, sin poder resolver por sí mismo y en ausencia de una resolución administrativa previa sobre el fondo de la pretensión del particular. Y todo ello no sólo por la evidente contradicción lógica que existe entre mantener el acto denegatorio impugnado y estimar la pretensión del particular, sino porque la capacidad del órgano judicial para aplicar directamente las normas sustantivas que regulen el supuesto de hecho y resolver sobre la solicitud del particular está limitada, o bien por el margen de discrecionalidad concedido a la Administración, o bien por las operaciones técnicas necesarias, para cuya realización está mejor dotada, en hipótesis, la Administración.

primera de crítica a la decisión administrativa denegatoria, y una segunda, eventual, en la que, una vez mostrada su no conformidad a Derecho y por tanto eliminada como obstáculo, se examina la posible estimación de la pretensión de condena del demandante<sup>22</sup>. No se trata, por tanto, de privilegios de la Administración ni de prejuicios dogmáticos, sino de una imposición de la naturaleza de las cosas, es decir, del hecho de que en estos casos el expediente administrativo y la motivación del acto impugnado son imprescindibles para que el órgano judicial pueda resolver sobre el fondo de la pretensión de condena planteada por el demandante (como se comprueba fácilmente al estudiar este problema en el Derecho alemán, en el que el principio revisor es sencillamente desconocido)<sup>23</sup>. Y, dada esta función del acto impugnado, que lo convierte en determinante indirecto del contenido de la sentencia estimatoria, hay que reconocer que, en estos casos, es algo más que un simple presupuesto procesal.

### 3. LOS EFECTOS SUSTANTIVOS DEL PRINCIPIO REVISOR: EL CONCEPTO AMPLIO DE ACTO ADMINISTRATIVO

Si en un sistema jurídico la única forma de acceder a la jurisdicción administrativa es la impugnación de un acto administrativo, es muy probable que la jurisprudencia acabe interpretando ampliamente el concepto de acto administrativo para evitar que se produzcan denegaciones de justicia<sup>24</sup>. Bajo la vigencia de la LJCA/

22. En palabras de ESCUSOL BARRA, E. y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, cit., «resulta que el ejercicio de las potestades se concreta en actos o en disposiciones administrativas, que, en la vía jurisdiccional, hay que analizar bajo el prisma del principio de legalidad. No es extraño, pues, que se siga diciendo por la doctrina que el contencioso-administrativo es un proceso al acto, en el sentido de que hay que ver la medida en que el mismo es expresión correcta del ejercicio de potestades administrativas o si ese ejercicio adolece de vicios. En este último caso, la jurisdicción anulará el acto o la disposición en aras del derecho e interés legítimo que el ordenamiento jurídico ampara» (pg. 373).

23. Me remito en este punto al Capítulo XII, donde estudio el concepto de «asunto maduro para una decisión» como criterio que decide, en el proceso administrativo alemán, cuándo el Tribunal puede dictar una Sentencia de condena en sentido estricto, que indique a la Administración cuál es exactamente el acto que debe dictar, y cuándo debe limitarse a condenarla a resolver expresa y fundadamente sobre la solicitud del particular, ateniéndose a los parámetros indicados en la sentencia («sentencia-marco»).

24. Esto es lo que sucedió en el Derecho alemán antes de la aprobación de la VwGO en 1960. Las leyes (regionales) sobre la justicia administrativa e incluso el art. 107 de la Constitución de Weimar admitían el ejercicio de acciones ante esta jurisdicción contra los actos administrativos, contra todos ellos o sólo contra algunos, en función de que se hubiese admitido ya o no la cláusula general. Ello alteró el sentido del concepto de acto administrativo, puesto que no sólo servía para designar una figura destinada a producir seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares (que es su función original: MAYER, O.: *Derecho administrativo alemán*, vol. I. Buenos Aires, 1949, pgs. 131 y ss.), sino para delimitar el ámbito de la justicia administrativa, lo que conllevó una interpretación jurisprudencial extensiva y lo aupó al centro del sistema de Derecho administrativo, marginando figuras como la de relación jurídica: vid. VOGEL, K.: «Die Lehre vom Verwaltungsakt nach Erlass der VwVfGe», *BayVBl*, 23 (1977), pgs. 617-622 (esp. 617-618); BACHOF, O.: «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL*, 30 (1972), pgs. 230-233; ERICHSEN, H.-U. en BACHOF, O. (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pgs. 265-266; PIETZNER, R. y M. RONELLENFITSCH: *Das Assessor examen*, cit., §9.3 (pg. 86); RENCK, L.: «Hat der Verwaltungsakt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch eine Bedeutung?», *BayVBl*, 19 (1973), pgs. 365-368; HENKE, W.: «Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht», *VVDStRL*,

1956, que mantenía al acto administrativo como punto de apoyo de todo recurso contencioso-administrativo (salvo, lógicamente, los recursos contra reglamentos), el mecanismo del silencio negativo permitía evitar esta deformación del concepto de acto administrativo. Si el particular veía lesionados sus derechos o intereses por una omisión o por una actuación administrativa distinta de un acto, podía pedir en vía administrativa lo necesario para obtener la satisfacción de sus derechos o intereses y, a falta de una respuesta satisfactoria, interponer un recurso contencioso-administrativo contra el acto administrativo denegatorio (si es que lo había) o contra la denegación presunta de su solicitud, sin necesidad en este último caso de llamar acto administrativo a algo que no lo es en realidad<sup>25</sup>.

Sin embargo, en muchos casos la Jurisprudencia no exigió apurar esta vía un tanto tortuosa y, a efectos de la interposición del recurso contencioso-administrativo, equiparó determinadas especies de actividad administrativa a los actos en sentido propio. Una de las vías ha venido siendo presumir la existencia de un acto administrativo como soporte de las actuaciones materiales que lesionasen derechos o intereses de los particulares, lo que permitía su impugnación directa en vía contencioso-administrativa<sup>26</sup>. Con ello no se cubre sólo el campo tradicional de la vía de hecho, sino

28 (1970), pgs. 149-185 (esp. 160-161); RÜFNER, W.: «Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht -Einordnung der sozialen Sicherung in das (allgemeine) Verwaltungsrecht», *VVDStRL*, 28 (1970), pgs. 187-223 (esp. 204-205); ULE, C. H.: «Die Lehre von Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel», en *Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Gesammelte Aufsätze und Vorträge 1949-1979*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, pgs. 79-128.

Se pueden mencionar aquí dos ejemplos jurisprudenciales que cita MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., §9.38 (pg. 198). Por un lado, según la Sentencia del BVerwG de 22 mayo de 1980 (publicada en la colección oficial BVerwGE, 60, 144-154), la «Umsetzung» o cambio de puesto de trabajo de un funcionario no es acto administrativo porque no produce efectos externos frente a terceros (es decir, por falta de «Außenwirkung» en la terminología alemana). En la pg. 148 la Sentencia recuerda que así lo había venido sosteniendo la Jurisprudencia con posterioridad a la VwGO y que esa negativa a calificar la medida como acto administrativo no impide la tutela judicial o «Rechtsschutz» contra ella, precisamente porque la VwGO de 1960 rompió con la tradición anterior y abrió numerosos cauces procesales no ligados con la impugnación de un acto administrativo. Por otro lado, según la Sentencia del mismo tribunal de 20 de mayo de 1987 (BVerwGE, 77, 268-276), la inclusión de un conductor en el registro de infractores («Eintragung in das Verkehrszentralregister») no es un acto administrativo, rechazándose el argumento del Tribunal de apelación (que sostenía dicha calificación para evitar la irrecurribilidad del acto) justamente porque con la VwGO no es preciso interpretar extensivamente el concepto de acto administrativo para evitar denegaciones de justicia.

25. Durante el período de vigencia de la redacción original de la LRJ-PAC, este segundo caso se equiparaba al primero, puesto que el silencio negativo daba lugar a todos los efectos a un acto administrativo (presunto), de acuerdo con la interpretación dominante.

26. A través de esta técnica la jurisprudencia ha admitido las acciones contencioso-administrativas dirigidas contra actuaciones en vía de hecho, rompiendo el anterior monopolio del procedimiento interdictal: así en la Sentencia de 7 de febrero de 1978 (RJ 1978, 581). Sobre esta construcción de los actos tácitos, que permiten la impugnación en vía contencioso-administrativa de las actuaciones que lesionen a los particulares y que no se presenten como ejecución de un acto previo y recurrible, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. I, pg. 537: el acto tácito como expresión, normalmente, de una ilegalidad o incluso una vía de hecho.

En otras ocasiones la jurisprudencia no se ha sentido tan vinculada por el tenor literal de las normas aplicables (art. 1 de la LJCA/1956 y concordantes) y ha admitido recursos interpuestos contra actuaciones en vía de hecho sin construir un acto administrativo subyacente, es decir, entendiendo simplemente que el concepto legal de acto administrativo incluye también la

también el de la actividad técnica o material de la Administración, a pesar de que normalmente se sostiene que este tipo de actividad no se imputa a la Administración y sólo puede dar lugar a su responsabilidad patrimonial<sup>27</sup>. Cualquier tipo de declaración administrativa en respuesta a una solicitud o a petición de un particular se ha considerado suficiente para vincular la instancia, aunque sea patente que no se trata de actos administrativos<sup>28</sup>. El único límite son los actos de trámite, cuya impugnabilidad directa está limitada por la LJCA<sup>29</sup>. Aunque la técnica del silencio negativo permite el control judicial de la inactividad administrativa, algunas sentencias califican como acto (tácito) a la propia inactividad<sup>30</sup>.

actuación en vía de hecho. Recoge esta doctrina la STC 160/1991 (RTC 1991, 160), relativa al desalojo de los vecinos de Riaño: «en la expresión “actos de las Administración Pública sujetos al Derecho administrativo” y otras similares con las que las leyes vigentes –y entre ellas se encuentran, desde luego, la Ley 62/1978 y la LOTC– definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho» (F. 4). El TC y en general los Tribunales que conociesen de recursos interpuestos al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales podían llegar a esta conclusión con más facilidad que los Tribunales que conocieran de recursos ordinarios, porque las normas que debían aplicar (art. 43.1 LOTC, que de algún modo obligaba a interpretar en el mismo sentido el art. 6 de la Ley 62/1978, al ser el procedimiento regulado por esta Ley la antesala obligada del amparo constitucional, hasta la aprobación de la LJCA/1998, que regula este proceso especial en sus arts. 114-122) equiparan la vía de hecho a los actos administrativos. En la actualidad, ésta es la solución aplicable en todo tipo de procesos contencioso-administrativos, ya que la LJCA/1998 ha introducido un recurso directo contra la vía de hecho (art. 30), cuyo objeto es la propia actuación y no un acto administrativo. Incluso si el particular presenta el requerimiento voluntario que se prevé en ese artículo, el objeto del recurso es siempre la actuación en vía de hecho y no la desestimación presunta del desistimiento.

27. La Sentencia de 20 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1516) desestimó un recurso dirigido contra una actuación material del CGPJ, concretamente una rueda de prensa en la que se dio a conocer una sanción que la prensa calificó, erróneamente, como firme, lo que el recurrente consideró lesivo para su honor. La Sentencia desestimó el recurso por entender que el error de la prensa no era imputable al CGPJ, pero lo relevante para nosotros es que admitió el recurso a pesar de que una rueda de prensa no es, evidentemente, un acto administrativo, y sin presumir tampoco que dicha comunicación se apoyaba en un acto tácito. La doctrina española entiende que la actividad técnica da lugar, desde el punto de vista judicial, a acciones de responsabilidad: vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. I, pgs. 803-805; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Madrid, 1996, pg. 264. En Derecho alemán, la actividad material o técnica está totalmente separada de los actos administrativos y de las pretensiones procesales relacionadas con ellos, tanto la impugnatoria («Anfechtungsklage») como la de condena dirigida a la producción de un acto («Verpflichtungsklage»). A través de otras pretensiones de condena («allgemeine Leistungsklagen»), los particulares pueden pedir que se condene a la Administración a llevar a cabo una actuación material, a suspender una actuación ilegal («Unterlassungsklage») o a no llevarla a cabo en el futuro («vorbeugende Unterlassungsklage»). Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pgs. 234 y ss.
28. Así ocurre, por ejemplo, con la simple inactividad o con las declaraciones en las que la Administración excluye la tramitación de peticiones presentadas por los ciudadanos (Sentencia de 14 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8304]).
29. Teniendo en cuenta, en todo caso, los límites derivados de la jurisprudencia «Borelli» del TJCE, a la que ya se ha hecho referencia supra, en el Capítulo III, nota 57.
30. Ésta es la tesis que sostiene la STC 294/1994 (RTC 1994, 294) (F. 4; la doctrina de esta Sentencia se reitera en la 8/1995). La Sentencia recurrida en amparo había inadmitido un recurso contencioso-administrativo por no dirigirse contra un acto administrativo recurrible. El recurso había sido interpuesto contra varias resoluciones administrativas estimatorias de la solicitud del particular (el reconocimiento de una pensión) pero que después la Administración no había cumplido (pues no había pagado la pensión). El TC, tras admitir la posibilidad

En este campo el Derecho español ha seguido en la práctica una vía enteramente original y bastante alejada de las definiciones que figuran en los manuales. Se considera acto administrativo o se le reconoce el valor de un acto administrativo a efectos contencioso-administrativos, a toda manifestación del actuar administrativo que se entiende debe estar sometida al control de los Tribunales Contencioso-Administrativos. De ahí, por ejemplo, la gran extensión en nuestro Derecho de la técnica de los actos separables, bastante superior a la que se le reconoce en su país de origen, Francia<sup>31</sup>. Aunque la institución del acto administrativo ha llegado a nosotros procedente del Derecho francés y de su elaboración dogmática en los Derechos alemán e italiano, lo cierto es que a efectos jurisdiccionales se han abandonado tales precedentes. No se exige que haya una declaración dirigida a la producción de efectos jurídicos en sentido estricto, ni tampoco, en realidad, que se dicte en el ejercicio de una potestad administrativa<sup>32</sup>.

Esta interpretación amplia del concepto de acto administrativo puede producir consecuencias negativas para los particulares, puesto que el acto se caracteriza, como institución jurídica, por su relativa inmutabilidad y por tanto por la limitación de las posibilidades de impugnación. Como la finalidad del acto administrativo es proporcionar seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la mayoría de sus posibles vicios sólo dan lugar a la anulabilidad y por tanto sólo pueden privarle de eficacia si los interesados lo impugnan en un breve plazo o si lo hace la Administración previa declaración de lesividad, dentro de un plazo algo más largo pero también limitado<sup>33</sup>. La excepción de acto consentido pretende impedir a los particulares que eludan el plazo de impugnación mediante

---

de deducir la pretensión de condena al pago de la pensión en relación con la propia resolución que reconoce el derecho a la misma, sin necesidad de deducir una nueva petición de pago de la pensión, añade: «Y todavía habría una manifestación más de la actuación administrativa, susceptible de ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, a saber: La inactividad material de la Administración frente a la obligación, nacida de la ley y reconocida por la propia Administración en una resolución expresa, de pagar a los interesados las cantidades adeudadas. Existiría, pues, en todo caso, un acto tácito, esto es, producido por "facta concludentia" que indica de forma unívoca la existencia de una resolución administrativa». Y más adelante remacha: «de ningún modo puede excluirse que el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración pública pueda incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación (art. 106.1 CE), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública –positivos o negativos– inmunes al control judicial».

31. Sobre el régimen de los actos separables en Derecho francés, vid. TERNEYRE, P.: «Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs», *EDCE*, 1988, pgs. 69-92; CHAPUS, R.: *Droit du contentieux administratif*, cit., pgs. 603 y ss.
32. En la doctrina, ha subrayado esta extensión del concepto de acto administrativo GONZÁLEZ-VARAS, S.: en *Problemas procesales*, cit., pg. 118. GARCÍA PÉREZ, M.: «El objeto del proceso», cit., pgs. 54-60, se ha hecho eco de la interpretación jurisprudencial extensiva del concepto de acto administrativo, con la cual la Jurisprudencia ha asumido el control de la vía de hecho. Para ella, acto en sentido estricto son «las resoluciones o decisiones de las autoridades administrativas en el ejercicio de las funciones y dentro de las atribuciones que les están conferidas y en relación con el fin en cuya razón legal se produce» (pg. 60).
33. Tras la supresión de la potestad de revisión de oficio de los actos anulables por la Ley 4/1999, la Administración no tiene otro recurso que la declaración de lesividad.

la reiteración en vía administrativa de su solicitud. En los sistemas que conocen varios tipos de pretensiones, las de impugnación de actos administrativos tienen, en consecuencia, esta dificultad añadida del plazo de interposición<sup>34</sup>.

Bajo la vigencia de la LJCA/1956, la calificación como acto administrativo de distintos tipos de actividad material o de inactividad administrativa ha podido producir estos efectos negativos, al extender la aplicación de la excepción de acto consentido a simples actuaciones materiales o a la denegación expresa de peticiones dirigidas a la Administración y en las que se solicita que se lleve a cabo una prestación material y no un acto administrativo. Es muy probable que ésta sea una de las principales causas de la desmesurada extensión y relevancia que ha adquirido en nuestro Derecho tal excepción. De todas formas, la aplicación de la excepción de acto consentido a estas clases de actividad administrativa incluidas impropia o extensivamente en el concepto de acto tampoco ha estado nunca demasiado clara, dada la vaguedad de las formulaciones jurisprudenciales.

La LJCA/1998 hace innecesaria en la mayoría de los casos la interpretación extensiva del concepto de acto administrativo y reduce a su ámbito propio tanto la limitación del plazo para recurrir como la entrada en juego de la excepción de acto consentido. Esto no siempre resulta claramente del tenor literal de sus preceptos, pero me parece claro partiendo de una interpretación sistemática. Así, aunque la Ley establece en el artículo 46.2 un plazo para la interposición del recurso contra la inactividad administrativa, que se computa a partir de la respuesta expresa de la Administración a la reclamación del particular o bien a partir de que hayan transcurrido tres meses desde la misma (art. 29.1), el agotamiento de ese plazo sólo obliga al particular a formular una nueva reclamación administrativa si quiere acudir a los Tribunales, pero no le impide interponer un recurso contencioso-administrativo más adelante. Si la Administración no responde expresamente a la reclamación del particular, es evidente que no se produce ningún acto que pueda dar lugar a la aplicación del artículo 28. Incluso si la Administración responde expresamente, y si se llega a calificar esa respuesta como acto, tampoco llega a operar la excepción de acto consentido porque ésta sólo afecta a los recursos contra actos, según resulta del tenor literal del artículo 28, y en el recurso contra la inactividad el objeto es una obligación de la Administración y no un acto administrativo. Es obvio, por lo demás, que la inactividad no se puede «consentir», y que en todo caso la excepción de acto consentido se refiere inequívocamente a los actos, que son los que tienen esa vocación de fijeza que no se puede predicar de la simple omisión<sup>35</sup>.

34. En este sentido, MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., §9.38 (pgs. 198-199); RENCK, L.: «Hat der Verwaltungsakt», cit., pg. 366.

35. Lo mismo puede decirse, «mutatis mutandis», del recurso contra la vía de hecho que se regula en el art. 30 LJCA, aunque el art. 46.3 establece unos plazos muy breves y parece dar a entender que una vez agotados ya no cabe interponer el recurso. Entiendo que se debe descartar esta posible interpretación. El establecimiento de un plazo preclusivo y breve para formular la acción procesal sólo se explica en aquellos casos en que la acción puede privar de eficacia a un acto cuya estabilidad resulta especialmente relevante y apoyada por el ordenamiento jurídico. Así ocurre en Derecho privado con los acuerdos de los órganos de las sociedades anónimas (art. 116 LSA) y éste es también el caso de los actos administrativos. Precisamente la razón que ha llevado al desarrollo de la figura del acto administrativo (una vez superada su función



En aquellos casos en que el objeto de la pretensión de condena del particular sea una actuación material y no un acto administrativo, pero dicha pretensión deba formularse en relación con la impugnación de un acto administrativo (art. 31.2 LJCA), estaremos nuevamente ante un supuesto de interpretación amplia del concepto de acto administrativo, es decir, se hace surgir un acto administrativo sólo para evitar una denegación de justicia<sup>36</sup>. En estos supuestos sí puede entrar en

inicial de señalar el ámbito de la actuación administrativa exenta de control judicial) es dotar a este tipo de actos de una estabilidad y fijeza desconocidas en el Derecho privado. De aquí se deriva que una actuación administrativa afectada por graves vicios de competencia y procedimiento y que por tanto ni siquiera tiene una apariencia de licitud (que es en lo que consiste la vía de hecho), no puede quedar colocada frente a los particulares afectados por ella en mejor situación que el acto administrativo, que es lo que sucedería si el transcurso de los breves plazos del art. 46.3 impidieran la interposición de un recurso posterior. Hay que entender, por tanto, que el transcurso del plazo de diez días no impide al interesado recurrir en vía contencioso-administrativa, tanto si la actuación en vía de hecho se mantiene como si ya ha finalizado pero aún no han prescrito los derechos lesionados por la misma. En caso de que se considere precluido el recurso especial regulado en el art. 30, siempre podrá presentar una solicitud en vía administrativa e interponer un recurso de plena jurisdicción contra la desestimación presunta (art. 31.2).

36. El Derecho alemán no necesita recurrir en este supuesto a la extensión del concepto de acto administrativo porque en él nunca es preciso deducir una pretensión impugnatoria de un acto administrativo para solicitar que se condene a la Administración a llevar a cabo una actuación material.

Estudiando el Derecho alemán, S. GONZÁLEZ-VARAS ha dicho que «la resolución administrativa de denegación ilegal de un acto requerido no tiene “contenido regulativo” o contenido jurídico material» y por tanto no es un acto administrativo y las pretensiones de condena dirigidas a la obtención de ese acto requerido no están sometidas a los requisitos especiales de plazo de las acciones propiamente impugnatorias (*La jurisdicción*, cit., pg. 192). Encontramos esta tesis en WEDEL, H. V.: «Zum Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage», *MDR*, 29 (1975), pgs. 95-96 (el tema del artículo es en realidad si el particular cuya solicitud ha sido denegada puede impugnar la denegación o debe formular una pretensión de condena).

Una resolución que se limita, por ejemplo, a denegar la licencia solicitada por un particular, se considera en Derecho alemán un acto administrativo: vid. ULE, C. H. y H.-W. LAUBINGER: *Verwaltungsverfahrenrecht*, Köln; etc., 1995 (4ª ed.), §48.18; STELKENS, P., H. J. BONK y M. SACHS: *VwVfG*, München, 1998 (5ª ed.), §35.56; BETTERMANN, K. A.: «Wesen und Streitgegenstand», cit., pg. 164. Ciertamente, el particular no necesita impugnar el acto denegatorio, sino que formulará directamente una pretensión de condena («Verpflichtungsklage»). Pero, como la pretensión de condena va dirigida a la obtención de un acto administrativo y está precedida por el dictado de un acto denegatorio o de una denegación presunta, se le aplican algunas reglas propias de las acciones impugnatorias («Anfechtungsklagen»): se debe presentar la demanda en el mismo plazo que se aplicaría a la impugnación del acto denegatorio (§§74-75 VwGO), y si el particular no presenta la demanda en ese plazo, perderá la posibilidad de acceder a los Tribunales para que se reconozca su derecho a la licencia, porque tendría que presentar una nueva solicitud en vía administrativa (§42 VwGO) y en ese caso la Administración podría contestarle remitiéndose simplemente a la anterior denegación, dándose la circunstancia de que este tipo de actos confirmatorios («wiederholende Verfügungen») no abren un nuevo plazo de recurso. Se trata, por tanto, de un mecanismo muy parecido a nuestra excepción de acto consentido (sólo que aplicado únicamente a los actos en sentido propio) y que explican ERICHSEN, H.-U., en ERICHSEN, H.-U. (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., §12.31 (pgs. 280-282); SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pg. 838; ULE y LAUBINGER: op. cit., §48.7; KÖNIG, H.-G.: «Ablehnung und Versagung im Verwaltungsrecht», *BayVBl*, 39 (1993), pgs. 268-269; STELKENS, P., H. J. BONK y M. SACHS: op. cit., §51.57.

En cambio, cuando la Administración comunica a un particular su negativa a llevar a cabo una actuación material solicitada por éste, nunca se interpreta que esa comunicación constituya un acto administrativo. El particular podrá acudir a los Tribunales, formulando una pretensión genérica de condena («allgemeine Leistungsklage»), sin que la comunicación que le ha dirigido la Administración le imponga un determinado plazo de impugnación o pueda entenderse «consentida» si no la impugna. Esa decisión produce los mismos efectos que tiene en Derecho

juego la excepción de acto consentido si la Administración responde expresamente a la solicitud del particular y deniega sus peticiones.

Como la interpretación amplia del concepto de acto administrativo está arraigada en nuestro Derecho a consecuencia de la aplicación jurisprudencial de la LJCA/1956, es a mi juicio innecesario e inconveniente convertir la distinción entre acto administrativo y actividad material (hasta ahora prácticamente ignorada en la práctica jurisprudencial) en un nuevo obstáculo procesal a la tutela judicial, como sucedería si se aplicasen estrictamente los artículos 29, 31 y 32 LJCA, exigiendo a los demandantes que calificasen correctamente cada supuesto y aplicasen el régimen correspondiente en cuanto a la vía administrativa previa y los plazos de silencio y de recurso. Por ello creo necesario permitir la utilización con carácter general del recurso contra actos como cauce para la deducción de cualesquiera pretensiones de condena (art. 31.2), sin perjuicio de la utilización también del recurso contra la inactividad cuando se den sus requisitos.

#### 4. LA NECESARIA CORRELACIÓN ENTRE LAS PRETENSIONES DEDUCIDAS EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y EN LA RECLAMACIÓN PREVIA

En el sistema de acciones de la LJCA, y con la única excepción del recurso contra la vía de hecho (art. 30) y de los litigios entre Administraciones Públicas (art. 44.1), las pretensiones no pueden deducirse directamente en la demanda, sino que deben comunicársele previamente a la Administración demandada, dándole la oportunidad de conocerlas y, en su caso, satisfacerlas extrajudicialmente o llegar a un acuerdo con el sujeto que las formula<sup>37</sup>. Como esta regla de que parte la Ley entra en contacto con el carácter especialmente impugnatorio de determinados procesos, es necesario hacer algunas precisiones.

Así, en aquellos casos en que el particular solicita la realización de una prestación material que no requiere la adopción de un acto administrativo (o bien

español la respuesta expresa a una reclamación previa al ejercicio de acciones civiles. Vid. MAETZEL, W. B.: «Die verwaltungs-gerichtliche Anfechtung von Ablehnungsbescheiden», *DÖV*, 8 (1955), pgs. 397-400, pg. 399; KÖNIG, H.-G. op. cit.

37. Éste es el principal argumento que permite justificar constitucionalmente la obligatoriedad de los recursos administrativos, a pesar de que suponen un obstáculo para la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, como se puso de manifiesto en la STC 76/1996 (RTC 1996, 76), relativa a la comunicación previa de la interposición del recurso contencioso-administrativo, exigida por el art. 110.3 LRJ-PAC en su redacción originaria. Como dice GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 761, para agotar la vía administrativa «basta con haber dado a la Administración la ocasión de pronunciarse sobre esa petición». «Lo que el principio exige es (...) que la pretensión sea congruente con esa “actividad impugnabile”. Y, por supuesto, en cuanto se establezca un recurso como presupuesto del proceso, o unos requerimientos, como los previstos en los supuestos de recurso contra inactividad material o vía de hecho, que las “cuestiones” que en ellos se planteen –que no hay que confundir con motivos– sean las que van a plantearse en el proceso».

En la Jurisprudencia se encuentran algunas afirmaciones mucho más restrictivas, como la tesis de que las pretensiones distintas de la mera anulación sólo pueden prosperar cuando, además de haber sido sometidas previamente a la Administración, son consecuencia lógica de la anulación del acto impugnado (Sentencia de 17 de diciembre de 1974 [RJ 1974, 5165]).

cuando se solicita la ejecución de un acto administrativo), la vía administrativa previa que se inicia con el requerimiento o reclamación previa del particular (art. 29.1 LJCA) no tiene otra finalidad que la de dar a conocer a la Administración la pretensión que se quiere deducir, si es necesario, en vía contencioso-administrativa. Dada su función, es claro que la reclamación ha de recoger el contenido de las futuras pretensiones procesales, siendo éstas en caso contrario inadmisibles por falta de un requisito procesal<sup>38</sup>. En Derecho alemán esta solicitud previa no es obligatoria (como no lo es en el proceso civil en litigios entre particulares), si bien a veces los Tribunales la exigen como requisito de admisibilidad, considerando que a falta de una solicitud previa inatendida el demandante no puede acreditar que necesita la tutela judicial solicitada, requisito que se considera exigible a partir del principio de buena fe<sup>39</sup>.

En otros casos, el particular solicita a la Administración que dicte un acto administrativo, bien porque ese acto es lo único que necesita (por ejemplo, una licencia urbanística que le permite llevar a la práctica su proyecto edificatorio), bien porque, aunque a lo que aspira realmente es a una prestación material administrativa (una beca), su obtención exige una decisión administrativa previa y la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo. En este segundo supuesto, la solicitud del particular no sirve sólo para recordar a la Administración que está incumpliendo una obligación y para darle la oportunidad de evitar el proceso. La solicitud es necesaria para que la Administración pueda satisfacer la petición del particular porque aquí esa petición no tiene su origen en un incumplimiento previo de la Administración (por ejemplo, porque no paga una subvención ya concedida). En caso de que la solicitud sea desatendida, se podrá deducir directamente la pretensión en sede judicial si el acto denegatorio agotó la vía administrativa, aunque también cabrá la posibilidad de presentar un recurso de reposición.

Por último, hay supuestos en que es la Administración quien produce con un acto (una sanción, el rescate de una concesión) la lesión subjetiva que da lugar al recurso contencioso-administrativo. Si el acto es de los que agotan la vía administrativa, las pretensiones (anulatoria y, en su caso, de eliminación de los perjuicios causados por el acto ilegal) se deducirán directamente en vía judicial, si bien el recurrente tiene la facultad, a partir de la Ley 4/1999, de presentar previamente un recurso de reposición. Esto pone de relieve que, aunque se ha dicho siempre, para suavizar las consecuencias del principio revisor, que éste *sólo* exige al particular que dé a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre sus peticiones

38. Parece evidente que el incumplimiento de la carga de interponer la reclamación previa que se prevé en el art. 29.1 LJCA ha de tener como sanción la inadmisibilidad del recurso, al tratarse de un presupuesto procesal. Sin embargo, la única causa de inadmisibilidad en la que puede encajar tiene una redacción que no lo incluye claramente: «Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación» [art. 51.1 c)]; «Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación» [art. 69 c)].

39. Vid. GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pg. 275; WÜRTENBERGER, T.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., núm. 393 (pg. 175), o HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §17.17. En la práctica la reclamación previa a la Administración es un presupuesto de admisibilidad de la «allgemeine Leistungsklage» o pretensión genérica de condena.

antes de enterarse de las mismas por la demanda, en realidad no siempre es necesario que la Administración tenga ese conocimiento previo<sup>40</sup>. Más bien, este último es un requisito característico de las pretensiones de condena y, en su caso, de las declarativas<sup>41</sup>.

Este dato es uno más de los que abogan por una interpretación flexible del requisito procesal consistente en formular las pretensiones en vía administrativa antes de acudir al contencioso, en la línea defendida por las SSTC 98/1992 (RTC 1992, 98) y 86/1998 (RTC 1998, 86)<sup>42</sup>. No sólo debe limitarse esa carga a las peticiones en sentido estricto, sin extenderse a los motivos o argumentaciones jurídicas, sino que debe ser interpretada restrictivamente en virtud de otros argumentos. Uno de ellos es su carácter de obstáculo para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, con las consecuencias que ello supone de acuerdo con la jurisprudencia del TC<sup>43</sup>. Por otro lado, hay que tener también en cuenta en esta dirección la eventual responsabilidad de la Administración cuando obliga al particular, con su actuación, a acudir al contencioso-administrativo: en este caso no puede luego pretender invocar a su favor la supuesta oscuridad de unas peticiones que en realidad ella conoce de antemano<sup>44</sup>. Sin olvidar, por último, que la petición del particular cumple la misma función que las reclamaciones previas al ejercicio

40. La LJCA autoriza expresamente en su art. 65.3 que la pretensión indemnizatoria respecto a los efectos del acto impugnado se formule en el trámite de conclusiones, sin necesidad de haberse deducido antes en vía administrativa, asunto sobre el que volveré en el Capítulo XII.

41. Reconoce esta diferencia GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 790-791. Al hablar de las pretensiones de plena jurisdicción y del acto objeto de impugnación en este tipo de recursos, dice que «los actos que son objeto de una de estas pretensiones tendrán un contenido peculiar, distinto de los actos que, normalmente, pueden ser objeto de una pretensión de anulación» (pg. 790). Viene a decir que, al interponer (en su caso) el recurso ordinario contra ese acto, habrá que solicitar a la Administración aquello que se quiere plantear después por la vía de una pretensión de condena, de forma que «únicamente podrá pretenderse ante el Tribunal el reconocimiento de un derecho ante la Jurisdicción contencioso-administrativa cuando se instó ya a la Administración» (pg. 791).

42. Sobre los excesos jurisprudenciales en la interpretación de este requisito, vid. FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora*, cit., pgs. 118 y ss.

43. Es interesante en este sentido el caso resuelto por la STC 119/1997, de 30 de junio (RTC 1997, 119), relativa a un supuesto de inactividad administrativa consistente en el incumplimiento de un acto favorable. La Administración había reconocido al recurrente el derecho a una pensión pero sin embargo no la hizo efectiva. El recurrente impugnó (mediante un recurso de reposición interpuesto años después del acto favorable no ejecutado) el acto de otorgamiento de la pensión *impugnando en ese recurso el incumplimiento del acto por la Administración*. La sentencia contencioso-administrativa inadmitió el recurso por falta de legitimación, diciendo que el recurrente no podía impugnar un acto que sí reconocía su solicitud, de modo que debería haber pedido en vía administrativa el pago de la pensión e impugnar la eventual denegación de esa solicitud. La Sentencia del TC estima el recurso de amparo interpuesto contra esa Sentencia contencioso-administrativa de inadmisión, argumentando que la inadmisión deja sin resolver la cuestión principal y priva al ciudadano de la tutela judicial efectiva a que tiene derecho. Lo que el TC exige es, en definitiva, una interpretación flexible del requisito legal de formular las pretensiones previamente en vía administrativa, requisito que en sí mismo no se considera contrario a la CE. En el caso concreto, aunque es cierto que la vía elegida por el particular para deducir su pretensión es procesalmente defectuosa, está claro que la Administración conoció perfectamente cuál era la petición del particular y que además es la conducta antijurídica de la Administración la que da lugar a la necesidad de acudir a los Tribunales.

44. Para GARCÍA PÉREZ, M.: «El objeto del proceso», cit., pgs. 47-52, el carácter revisor del contencioso debe ser adecuadamente reducido. De este modo, el acto se convierte en un simple

de acciones en vía civil o laboral, debiendo beneficiarse de su favorable régimen de subsanación.

---

requisito procesal de admisibilidad, una simple oportunidad concedida a la Administración para pronunciarse sobre el asunto. Por tanto, los defectos en la tramitación de la vía administrativa previa no deben perjudicar al particular cuando haya sido la Administración la que, con una actuación ilegal (por ejemplo, una vía de hecho), obligue al particular a acudir a ella. Además, el hecho de que no se dé esa oportunidad no ocasiona indefensión a la Administración (pg. 52). En este sentido GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pgs. 781: la formulación en la demanda de peticiones no planteadas antes en vía administrativa no debe ser limitado con base en el principio de decisión previa «cuando el potencial cambio (...) obedece real y exclusivamente a la necesidad de acomodar la reclamación a las circunstancias de cada momento, sobre todo cuando sean sobrevenidas y provocadas por la Administración». La misma idea de que la Administración no puede pretender la inadmisión de pretensiones formuladas con un incumplimiento parcial del principio revisor, cuando ella ha provocado esa irregularidad al incumplir sus obligaciones, en la STC 294/1994 (RTC 1994, 294) (recurso de amparo ante la inadmisión judicial de un recurso dirigido contra el acto que reconoce el derecho a la pensión pero no la paga).

## La sentencia (I): la inadmisibilidad y los pronunciamientos anulatorios

### 1. EL ORDEN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS

Las sentencias que se dicten en respuesta a pretensiones de condena no ofrecen ninguna particularidad en lo que se refiere a la relación entre el pronunciamiento sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la pretensión, por un lado, y los de estimación o desestimación, por otro.

Aun tratándose de una cuestión básica en la estructura del contencioso-administrativo, y a pesar de que el Derecho procesal común ofrece un esquema institucional claro, según el cual los órganos judiciales sólo pueden pronunciarse sobre el fondo de la pretensión si ésta cumple los requisitos procesales y es por tanto admitida, lo cierto es que en el proceso administrativo ni se ha llegado a un consenso doctrinal ni hay una jurisprudencia claramente predecible. Puede describirse la evolución del siguiente modo: en primer lugar, una construcción jurisprudencial autónoma, la de los «vicios de orden público»; a continuación (ya entrados los años setenta de este siglo), un intento doctrinal de reconducir esa doctrina a la nulidad radical, intento seguido por buena parte de la jurisprudencia; por último (etapa actual), otra línea jurisprudencial que tiende a superar ese predominio de la nulidad radical y a mantener rígidamente el esquema admisibilidad/fondo.

La doctrina de los «vicios de orden público», como es notorio, estuvo muy extendida en la jurisprudencia a partir de las primeras décadas de funcionamiento del contencioso-administrativo. Si el Tribunal constataba en el acto impugnado cualquier vicio de los considerados de orden público (lo que cubría una serie heterogénea de vicios de forma y procedimiento), anulaba el acto y ordenaba la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de producción del vicio, a fin de que la Administración volviera a tramitar correctamente el procedimiento y dictara un acto libre de vicios. Y ello con independencia de la pretensión formulada por el particular (ya fuese ésta anulatoria o de condena) y con independencia también de si esa pretensión reunía los presupuestos procesales de admisibilidad.

Esta doctrina fue criticada duramente a partir de los años setenta por diversos motivos<sup>1</sup>. En primer lugar, por no ajustarse a la LJCA (de 1956), que sólo preveía los pronunciamientos de inadmisibilidad, de desestimación y de estimación, anulatorio o de condena, pero no la llamada reposición de las actuaciones a un momento procedimental determinado y la orden de que se continuara tramitando el procedimiento a partir de ese punto<sup>2</sup>. En segundo lugar, porque ese tipo de sentencias, que equivalían en la práctica a un pronunciamiento anulatorio, dejaban impune la pretensión formulada por el demandante, ya se tratase de una pretensión anulatoria o de condena, ya que la sentencia sólo establecía que el acto estaba afectado por un vicio, pero no aclaraba si, una vez eliminado el vicio, sería conforme a Derecho un acto con ese contenido, ni tampoco si la Administración tenía realmente la obligación sostenida por el demandante en su pretensión de condena<sup>3</sup>. Como es lógico, el fundamento de esta última crítica es que el vicio formal del acto impugnado, a pesar de su supuesto carácter de orden público, no impide, en algunos casos, ni valorar la legalidad material del acto, ni decidir si la Administración está realmente sometida a la obligación que el demandante invoca como fundamento de su pretensión de condena. En estos casos, añadía la tesis crítica, lo que exigían la economía procesal y (a partir de 1978) el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente era que el Tribunal decidiese sobre el fondo de la pretensión, en lugar de remitir el asunto nuevamente a la Administración, permitiéndole volver a dictar un acto con el mismo contenido y obligando al recurrente a iniciar un nuevo proceso contencioso-administrativo si quería obtener un pronunciamiento de fondo. El último motivo de la crítica doctrinal a la doctrina de los vicios de orden público era la heterogeneidad de estos últimos, ya que la categoría recogía ilegalidades procedimentales de importancia muy variable, sobre todo si se traspasaba su aspecto formal y se valoraba su trascendencia para los bienes jurídicos sustanciales en juego, es decir, la legalidad administrativa, los intereses públicos y los derechos e intereses de los interesados en el procedimiento.

La crítica a la doctrina de los vicios de orden público era básicamente incontestable, entre otras cosas porque esa línea jurisprudencial carecía de cualquier fundamento técnico sólido y era un simple recurso argumental para cubrir, o bien la intención judicial de no pronunciarse sobre un caso considerado difícil o excesivamente conflictivo, o bien un intento (en sentido contrario) de sancionar algunas ilegalidades administrativas especialmente graves, en casos en los que un incumplimiento de las estrictas limitaciones procesales del recurso contencioso-administrativo anterior a la LJCA/1956 hacía inadmisibile la pretensión anulatoria. No hay que olvidar, sin embargo, que la condena a la Administración a que rehaga el procedimiento a partir de un determinado momento o trámite, y resuelva nuevamente y sin vicios sobre la pretensión del particular, es un pronunciamiento judi-

1. Vid. FERNÁNDEZ, T.-R.: *La doctrina de los vicios de orden público*. Madrid, 1970, pgs. 131 y ss., y SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid, 1972, pgs. 430 y ss.

2. Vid. FERNÁNDEZ, T.-R.: *La doctrina*, cit., pg. 170.

3. Vid. FERNÁNDEZ, T.-R.: *La doctrina*, cit., pgs. 174 y ss.

cial admisible y en ocasiones obligado, como veremos más despacio «infra», en el Capítulo XII. Deducida una pretensión de condena, si el órgano judicial constata que ni el material incorporado al expediente administrativo ni el que se ha aportado a los autos judiciales permite decidir si la Administración está sometida a la obligación que es la base de la pretensión de condena, no quedará otro remedio, si se quiere otorgar al demandante la tutela judicial efectiva a que tiene derecho, que anular el acto denegatorio que se haya dictado y condenar a la Administración a decidir otra vez sobre la petición del particular, indicándole también qué parámetros de esa decisión han quedado definitivamente aclarados en sede judicial y debe, por tanto, tener en cuenta en la nueva resolución que dicte.

La doctrina revisora de la jurisprudencia de los vicios de orden público era a su vez crítica con el sistema de justicia administrativa de su época (el de la LJCA/1956, a pesar del juicio global positivo sobre este texto legal), y en especial con la regulación de los presupuestos procesales (excepción de acto consentido, generalización del privilegio de decisión previa y de los recursos administrativos obligatorios, etc.), ya que estos autores la consideraban excesivamente compleja y un obstáculo, en múltiples ocasiones, para el examen de fondo de las pretensiones. Por ello no propusieron la sustitución de la doctrina de los vicios de orden público por la aplicación directa del esquema admisibilidad/fondo, sino que recondujeron a la categoría de la nulidad radical aquellos de los antiguos vicios de orden público que consideraban realmente trascendentes (para lo cual se procedió a reinterpretar el sistema de nulidades tasadas del art. 47 de la LRJ-PAC a partir de una interpretación extensiva del vicio de incompetencia), y defendieron la prioridad del pronunciamiento sobre la nulidad radical respecto al examen de la admisibilidad de la pretensión<sup>4</sup>.

A esta tesis se ha respondido que, «[e]n cuanto la regulación de los requisitos procesales se adecua a las exigencias de la tutela judicial», ya no tiene sentido violentar el esquema admisibilidad/fondo, anteponiéndole el pronunciamiento sobre la eventual nulidad radical del acto impugnado. «El órgano jurisdiccional debe examinar con carácter previo a cualquier otra cuestión si el “recurso contencioso-administrativo” es admisible, incluso antes que la posible concurrencia de un motivo de nulidad del acto frente al que se deduce la pretensión (...), si bien la nulidad de pleno Derecho impide que opere la excepción de acto consentido»<sup>5</sup>.

4. Vid. FERNÁNDEZ, T.-R.: *La doctrina*, cit., pgs. 209 y ss., y SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *La nulidad*, cit., pgs. 444-446.

5. Vid. los dos textos entrecomillados en GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. II, pg. 1282. También afirma que ésa es la tesis dominante en la jurisprudencia actual (pgs. 1285 y ss.). Encontramos esta doctrina en la Sentencia de 5 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1863). La Sentencia recurrida en apelación había inadmitido el recurso contencioso-administrativo por extemporáneo (ya que la Administración demandante no interpuso el recurso administrativo pertinente), pero hizo la salvedad de que «si hubiera debido apreciarse la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por incompetencia manifiesta (...) hubiera procedido entrar en el fondo del asunto». La Sentencia del TS dice que la apelada «ha aplicado la doctrina de los vicios de orden público», y se muestra contraria a la misma: «a tenor de la más moderna doctrina jurisprudencial, según se deduce de nuestras Sentencias de 23 de noviembre y 7 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 8520 y 9533), así como la de 30 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7122), que continúan



La respuesta a este problema, es decir, la eventual revisión de la tesis doctrinal que defiende el carácter de orden público de los vicios de nulidad radical y el pronunciamiento prioritario sobre los mismos respecto a la admisibilidad, depende básicamente de dos factores. En primer lugar, un problema que se debe resolver con carácter general, a partir del Derecho civil sustantivo y procesal y de la teoría de las nulidades: el hecho de que los vicios de nulidad radical afectan al orden público, ¿justifica que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre ellos antes de verificar la admisibilidad de la pretensión? Desde luego, esa conclusión no es en absoluto obligada a partir del citado carácter «de orden público» de este tipo de vicios, porque esa importancia especial de tales vicios puede ser reconocida jurídicamente de diversas formas, sin llegar a alterar el esquema procesal admisibilidad/fondo. En efecto, el hecho de que esta clase de ilegalidades afectan al orden público es lo que justifica que el órgano judicial se pronuncie sobre ellas de oficio, o que no prescriba la acción de nulidad. Por tanto, se puede mantener el esquema admisibilidad/fondo, descartando la apreciación de vicios de nulidad radical cuando la pretensión sea inadmisibile, y a la vez reconocer y ser consecuente con la distinción entre nulidad absoluta y anulabilidad, y con el carácter de orden público de los vicios que dan lugar a la primera. Y en esta cuestión no parece que exista ninguna particularidad del Derecho administrativo que justifique una solución divergente respecto a la del Derecho común, ya que las especialidades respecto a la teoría de las nulidades del Derecho común consisten más bien en reducir el ámbito de la nulidad radical que en reconocerle más consecuencias que en la teoría general del negocio jurídico.

Sí puede ser característica del Derecho administrativo, y podría justificar una vulneración del orden de pronunciamientos admisibilidad/fondo en el sentido propugnado por quienes defienden un pronunciamiento anticipado sobre la nulidad radical, la finalidad del proceso contencioso-administrativo y de la intervención judicial. En la medida en que se reconozca al primero una función (no única ni prevalente, sino simultánea o concomitante respecto a otras) de *control de la legalidad*, de salvaguarda de ese interés público básico que postula el sometimiento a la Ley y al Derecho de la actuación administrativa, será más fácil justificar que se declare la nulidad de actos administrativos con motivo de pretensiones que, al ser inadmisibles, no deberían poder dar lugar a pronunciamientos sobre el fondo del asunto. Sin embargo, la actual regulación del contencioso-administrativo no parece primar esa función de control de legalidad, ni la exige, como se ha visto supra, el artículo 106.1 CE. Es cierto que la LJCA intenta evitar que por la simple voluntad de las partes procesales se produzcan *modificaciones* jurídicas, creación de efectos jurídicos, que sean claramente ilegales o lesivas para el interés público (arts. 74.4,

---

y afirman una corriente jurisprudencial anterior, la pretendida o apreciada nulidad de pleno derecho no es motivo para que dejen de tenerse en cuenta los posibles incumplimientos de los requisitos procesales. Pues, siempre según la línea doctrinal que se está exponiendo, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la que se encontraba establecida en el art. 109 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo (...) por lo que la inadmisibilidad del recurso no implica necesariamente que se produzca indefensión».

75.2, 76.2 y 77.3), y ello supone un límite a la aplicación del principio dispositivo. Pero la LJCA no hace referencia alguna a la posibilidad de pronunciamientos de fondo (anulatorios) previos a la verificación de la admisibilidad, ni regula ningún supuesto en el que el objeto del proceso se amplíe por la simple voluntad del órgano judicial sin otro motivo que la depuración de ilegalidades administrativas<sup>6</sup>. Todo el esfuerzo de subjetivización del contencioso-administrativo en que se halla empeñado nuestro sistema jurídico desde hace dos décadas empuja, básicamente, en la dirección contraria.

## 2. LAS SENTENCIAS DE INADMISIBILIDAD

En este punto no hay ninguna peculiaridad de las pretensiones de condena. Las causas de inadmisibilidad son las mismas, con la excepción de la regulada en el artículo 51.3 LJCA, párrafo 2º, según el cual, «cuando se impugne la no realización por la Administración de las obligaciones a que se refiere el artículo 29, el recurso se inadmitirá si fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes». Este motivo de inadmisión sólo puede ser apreciado por el Juzgado o Tribunal «in limine litis», no como alegación previa ni en la sentencia (arts. 58.1 y 69). Se trata de una causa de inadmisión de nuevo cuño (que se ha tomado, probablemente, de la LO 6/1988, que reformó los arts. 50 y 86 LOTC y en particular la admisión de los recursos de amparo), cuya finalidad es reducir la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales. Frente al concepto clásico de inadmisión, en estos casos no falta ningún requisito procesal, sino que se trata, más propiamente, de una desestimación anticipada. Esta causa se ha regulado en paralelo para las distintas acciones que regula la LJCA: el recurso contra actos (art. 51.2), contra la vía de hecho y contra la inactividad administrativa (art. 51.3, párrs. 1º y 2º)<sup>7</sup>.

6. El nuevo art. 33.3 LJCA, que permite al Tribunal, previa audiencia a las partes, extender el enjuiciamiento en los recursos directos contra reglamentos a preceptos no impugnados por el recurrente, pero que guarden respecto a ellos una relación de conexión o consecuencia, sólo desmiente a medias esta afirmación. Entiendo que esa relación «de conexión o consecuencia» que debe haber entre los preceptos impugnados y aquellos a los que el órgano judicial extiende el enjuiciamiento, significa que el Tribunal sólo puede utilizar esta facultad legal para evitar que una designación incompleta de los preceptos impugnados dé lugar, si se estima el recurso, a la supervivencia de preceptos que quedan privados de sentido o que han de ser considerados necesariamente nulos al estar afectados por el mismo vicio que los directamente impugnados, pero no parece que el art. 33.3 permita al Tribunal tomar el recurso como un simple pretexto para su intervención y pasar a verificar la legalidad de cualquier precepto del reglamento impugnado.
7. Aunque la causa de inadmisión es materialmente idéntica, en el recurso contra actos el criterio de inadmisión no es la evidente falta de fundamento del recurso, sino otro tal vez más objetivo: es necesario que «se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme». Parece que la única causa de esta disparidad de tratamiento es la relativa novedad de los recursos contra la inactividad y la vía de hecho, que haría difícil encontrar una sentencia firme anterior en que se hubiese desestimado un recurso sustancialmente igual. De todas formas, durante la vigencia de la LJCA/1956 se han admitido y resuelto recursos contencioso-administrativos dirigidos, más allá de la impugnación de un acto «provocado» por el recurrente, contra la inactividad administrativa o la vía de hecho, por lo que la Jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse, por ejemplo, sobre cuándo «la actuación administrativa se

La causa de inadmisión que se acaba de mencionar se apoya en el concepto de inactividad administrativa acuñado por la LJCA en su artículo 29 y está lastrada por sus mismos inconvenientes. Lo que se exige es que la Administración tenga una «obligación concreta (...) respecto de los recurrentes» («rectius», que no sea evidente que tal obligación no existe). La concurrencia de este tipo de obligación es un presupuesto necesario para que sea estimado un recurso contra la inactividad *tal como lo regula el artículo 29*, pero no es en absoluto imprescindible para que sea estimada una pretensión de condena. Como ya nos consta, existen situaciones de inactividad administrativa, caracterizadas precisamente porque en ellas la Administración *no* tiene una obligación *concreta* respecto de un sujeto en particular, ante las cuales los interesados pueden reaccionar mediante pretensiones de condena, articulándolas, eso sí, en relación con un acto administrativo (la denegación administrativa a un requerimiento de actuación) y no como recurso contra la inactividad. Resulta entonces que, aplicando estrictamente la LJCA, en una situación de este tipo el recurso será inadmitido si el demandante lo plantea como recurso contra la inactividad (art. 29), mientras que será admitido sin problemas si se plantea como recurso contra un acto con pretensión de condena (art. 31.2). Semejante conclusión sería totalmente contraria a la regla constitucional de interpretación de los presupuestos procesales (y como tal hay que tratar a la clasificación legal de las acciones) del modo más adecuado para optimizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De hecho, lo previsible es que el órgano judicial reinterprete la demanda, identificando en ella la pretensión *implícita* de que se anule un acto administrativo y de que se declare una determinada situación jurídica individualizada<sup>8</sup>. La citada causa de inadmisión, entonces, sólo podrá ser utilizada en un sentido muy genérico: para inadmitir aquellos recursos en que se formule una pretensión de condena cuyo apoyo jurídico, es decir, la obligación administrativa a cuyo cumplimiento se quiere condenar a la Administración, sea, con toda evidencia, insuficiente, pero no porque esa obligación no sea concreta o no atribuya a su vez un derecho subjetivo al recurrente, sino por no existir o no ser exigible como tal obligación jurídica.

Es en esta fase de admisibilidad en la que, como se ha examinado «supra», en el Capítulo IX, el órgano judicial tiene que verificar la legitimación del recurrente. La legitimación, entendida como relación especial entre el demandante y el objeto del proceso que permite a aquél obtener un examen de fondo de la pretensión

---

ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido» (art. 51.3).

8. Vid. *supra*, Capítulo II, lo relativo al principio dispositivo y la clasificación legal de las prestaciones. Este tipo de transformación de las peticiones de la demanda y de su articulación respecto a actos administrativos es usual en nuestra jurisprudencia (aunque no se produce siempre, pues a veces los Tribunales aprovechan las múltiples salidas que ofrece el sistema para desprenderse de asuntos complejos). Por otro lado, esta transformación de la demanda para acomodarla en el art. 31.2 es aún más fácil de lo indicado en el texto, pues la LJCA también ha impuesto el principio de decisión previa para el recurso contra la inactividad administrativa (art. 29), por lo que el órgano judicial sólo deberá reinterpretar la calificación de la «actuación» administrativa (normalmente presunta) que da lugar al recurso, y considerarla acto administrativo en lugar de contestación a un requerimiento de los regulados en el art. 29.

deducida, es un presupuesto *procesal* y, como tal, un requisito de admisibilidad del recurso. Al pronunciarse sobre el fondo del asunto y decidir la estimación o desestimación de la pretensión, el órgano judicial deberá examinar si lo pedido por el recurrente se ajusta al Derecho objetivo. En unos casos, esa correspondencia con el Derecho objetivo y la consiguiente estimación de la demanda, llevarán a condenar a la Administración a una determinada actuación directamente orientada a satisfacer un interés del recurrente, es decir, se habrá reconocido un derecho subjetivo de éste. En otros casos, la estimación de la demanda conllevará una condena a la Administración a que realice una actuación que, aunque tiene como fundamento la satisfacción del interés general, tutela también los intereses del recurrente. Pero, dado que las pretensiones de condena, en nuestro Derecho (a diferencia del alemán), no sirven únicamente para la satisfacción de derechos subjetivos «*stricto sensu*» de los recurrentes, sino también de sus intereses (legítimos), el enjuiciamiento que se debe llevar a cabo al decidir sobre el fondo del asunto es un enjuiciamiento *objetivo*, es decir, sobre si se deriva o no del ordenamiento la obligación administrativa en la que se apoya la pretensión de condena, y no un enjuiciamiento *subjetivo*, sobre si el demandante tiene derecho a esa actuación administrativa que pide a través de la pretensión de condena. Y ello porque las pretensiones de condena también están justificadas cuando el demandante no tiene derecho a la actuación administrativa solicitada, sino que simplemente está interesado en ella<sup>9</sup>.

En cuanto a los efectos de las sentencias de inadmisibilidad, tengo también que remitirme a lo dicho más atrás sobre la decisión previa en las pretensiones de condena. Al contrario de lo que sucede en los asuntos puramente anulatorios contra actos administrativos, la sentencia de inadmisibilidad permitirá normalmente un nuevo planteamiento de la pretensión de condena, puesto que, *no tratándose el acto impugnado de un acto administrativo en sentido estricto, sino de la respuesta a un simple requerimiento o reclamación*, no podrá producir el efecto de irrevocabilidad típico de los actos administrativos, que es a su vez la base de la excepción de acto consentido. Inadmitida la pretensión, el recurrente podrá requerir de nuevo a la Administración para que actúe (siempre que no haya prescrito el derecho material que le sirve de base o no se haya extinguido la obligación administrativa), y acudir a la vía judicial formulando una pretensión de condena en relación con la denegación expresa o tácita, sin que se le pueda oponer la excepción de acto consentido.

9. La tesis sostenida en el texto se puede comprobar por contraste en el Derecho alemán. Como ya hemos visto, en éste sólo puede pretender judicialmente que se imponga a la Administración una determinada condena quien tiene un derecho subjetivo a esa actuación administrativa (que es lo que la LJCA dispone en su art. 29, olvidando, como hemos visto, la tutela, incluso constitucional, de los intereses legítimos). Pues bien: debido a esa limitación de las pretensiones de condena del Derecho alemán a la tutela de derechos subjetivos, el examen de fondo de la pretensión («*Begründetheit der Klage*») es idéntico, ya se lo considere desde el punto de vista objetivo o subjetivo: tanto da examinar si el demandante tiene derecho a la actuación administrativa que solicita (perspectiva subjetiva), que analizar si la Administración está obligada a llevar a cabo esa actuación (perspectiva objetiva), porque sólo pueden ser impuestas mediante Sentencias de condena las obligaciones administrativas que dan lugar a un derecho subjetivo de un particular. Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §§26.18 y 28.21.

### 3. EL MOMENTO QUE SE DEBE TENER EN CUENTA PARA DETERMINAR LOS HECHOS Y LA NORMATIVA APLICABLES AL EXAMEN DE FONDO DE LA PRETENSIÓN

El órgano judicial debe estimar la pretensión de condena formulada por el demandante cuando la Administración demandada tenga realmente el deber que se invoca en dicha pretensión, y debe desestimarla en caso contrario. Los deberes y obligaciones de un sujeto dependen, lógicamente, del Derecho aplicable, y por tanto son distintos en unos momentos y en otros, en función de las normas que se vayan aprobando o que pierdan su vigencia. Por tanto, es preciso determinar cuál es el momento que se ha de tener en cuenta para verificar si la Administración tiene o no un deber determinado, y por lo tanto para determinar si se estima o se desestima la pretensión. En Derecho alemán, esta cuestión es uno de los temas estudiados al examinar el régimen de las distintas acciones (se habla del «momento temporal determinante» o «maßgeblicher Zeitpunkt»). Entre nosotros, J. GONZÁLEZ PÉREZ lo ha tratado «en negativo», pues ha estudiado el efecto que producen sobre la ejecución de la sentencia aquellas alteraciones fácticas y jurídicas que tienen lugar después de la interposición de la demanda y que, en función de reglas no expresadas, no se pueden tener en cuenta en la sentencia<sup>10</sup>. Esta cuestión también se estudia comúnmente en Derecho francés, al hilo de la distinción entre las distintas clases de recursos<sup>11</sup>.

En Derecho alemán, la doctrina y la Jurisprudencia distinguen en función de la pretensión que se haya formulado. La pretensión de impugnación de un acto administrativo («Anfechtungsklage») está dirigida al pasado, ya que tiene por objeto la legalidad de un acto dictado antes de la interposición de la demanda. Lo que se debe aclarar es si el acto era legal en el momento en que fue dictado<sup>12</sup>. Las normas que hayan podido dictarse con posterioridad y que hubiesen podido modificar el resultado de ese juicio, convirtiendo en legal un acto originariamente ilegal o viceversa,

10. Vid. *Comentarios*, cit., vol. II, pgs. 1255 y ss. Estudia este tema GARCÍA PÉREZ, M.: en *El objeto*, cit., pgs. 175-183, si bien para ella la respuesta no depende la pretensión que se haya formulado, sino que viene ya dada por la calificación del acto impugnado como mero requisito procesal.

11. Así, para R. CHAPUS una de las características del recurso por exceso de poder, derivada de su condición de «proceso a un acto», es que se debe determinar si el acto impugnado era legal *en la fecha en que fue dictado*, y no después. En el contencioso de plena jurisdicción, en cambio, la fecha relevante es la de la Sentencia, si bien el Juez debe oír a las partes antes de tener en cuenta nuevos hechos o normas que se hayan producido después de la fase de conclusiones y sobre los que no hayan podido, por tanto, pronunciarse (*Droit du contentieux administratif*, cit., pgs. 184-186 y 191-192).

12. En este sentido, HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §24.8 (pg. 443); GERHARDT, M. en SCHÖCH, F., E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER (Hrsg.): *VwGO*, §113.21, nota 109; SPANNOWSKY, W., en SODAN H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.66-71; REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §108.17 (pg. 659), aun recordando que la regla tiene múltiples excepciones. Una opinión más reciente, defendida por KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113, núms. 29-54, sostiene que, como de lo que se trata con la pretensión anulatoria no es de controlar la legalidad de un acto administrativo «histórico», sino de corregir en su caso la lesión producida a un derecho subjetivo del demandante, lo que se debe tener en cuenta es el Derecho vigente en el momento en que se llevó a cabo la vista oral. Defiende una posición intermedia, que admite la regla tradicional (momento en que se dictó el acto impugnado) como criterio subsidiario, SCHMIDT, J., en EYERMANN, E.: *VwGO*, cit., §113.45 (pg. 910).

son irrelevantes. En cambio, en las pretensiones de condena, dirigidas a la obtención de una sentencia que ordene a la Administración llevar a cabo una conducta en el futuro, el órgano judicial debe aproximarse al régimen jurídico vigente en el momento en que se vaya a cumplir la condena, teniendo en cuenta también, en todo caso, las posibilidades de defensa de las partes. El momento relevante es, en consecuencia, el de la vista oral, última oportunidad concedida a las partes para presentar alegaciones. A pesar de esta regla, tan clara y tan justificada, al menos aparentemente, en el distinto carácter de ambas pretensiones (anulatoria y de condena), existen múltiples excepciones, con las que se trata de hacer frente a aquellas situaciones en que la situación jurídica empeora para el demandante en el lapso de tiempo que transcurre entre la solicitud que presenta en vía administrativa (requisito de la posterior demanda judicial) y el momento en que se dicta sentencia. En estos casos ocurre que, aunque el particular tenía derecho a una determinada prestación o acto administrativo en el momento en que presentó su solicitud, ya no lo tendría si presentase esa solicitud en el momento en que se va a dictar la sentencia. Dicho cambio se debe a una modificación normativa, y puede darse también el agravante de que tal modificación la haya instado o adoptado directamente la Administración demandada a fin de evitar una sentencia condenatoria. Está claro que, en casos como éstos, aplicar estrictamente la regla que sostiene que el momento relevante es la fecha de la vista oral, perjudicaría al demandante y beneficiaría a la Administración cuando permanece inactiva o deniega ilegalmente las solicitudes. De ahí que esta regla no se aplique, por ejemplo, cuando el demandante haya solicitado una subvención cumpliendo los requisitos para ello y sin embargo se derogue la normativa antes de la terminación del proceso<sup>13</sup>.

13. KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.217-230 (pgs. 1672-1678), aunque defienden sin fisuras la regla del momento de la vista oral, dicen que, en virtud de consideraciones de tipo constitucional (límites a la irretroactividad de disposiciones no favorables), muchas de las modificaciones normativas posteriores a la decisión administrativa sobre la solicitud del particular no son relevantes para la estimación de la demanda. Este planteamiento les permite distinguir unas situaciones de otras sin demasiada justificación: a efectos de la admisión al ejercicio de una profesión o de otra actividad, se aplican las normas vigentes al tiempo de la presentación de la solicitud (y no otras posteriores, menos favorables); en cambio, a efectos del otorgamiento de una licencia urbanística, se debe tener en cuenta exclusivamente la normativa vigente en el momento en que se dicta Sentencia, aunque el demandante tuviese derecho a la licencia en el momento en que presentó su solicitud. Para REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §108.22-23 (pgs. 662-663), la regla general es atender al momento de la vista oral, pero se debe aplicar el Derecho vigente cuando el particular presentó su solicitud si con arreglo al mismo tenía un derecho que la normativa posterior ya no le reconoce. SCHMIDT, J., en EYERMANN, E.: *VwGO*, cit., §113.46-47 (pgs. 910-911), aunque sostiene la regla de que el momento relevante es el de la vista oral, de modo que las reformas normativas producidas después de la presentación de la demanda perjudicarán al demandante si esa intención se desprende de la norma, dice que esta regla tiene numerosísimas excepciones. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §24.14 (pg. 446), se ciñe estrictamente al momento de la vista oral, sin admitir más excepciones, y sostiene expresamente que si se solicita una autorización para la que se cumplen todos los requisitos, y la Administración la deniega, teniéndose que acudir a la vía judicial, deberá dictarse una Sentencia desestimatoria en caso de que, después de presentada la demanda, se apruebe una modificación normativa que excluya el otorgamiento de la autorización. GERHARDT, M. en SCHOCH, F., E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.66, nota 307, defiende también la regla básica de que el momento relevante es aquel en que se dicta la sentencia. Si el planeamiento urbanístico, por ejemplo, se ha modificado de tal modo que el demandante tenía derecho a la licencia cuando la solicitó pero ya no se

Se trata, como hemos podido comprobar, de una cuestión compleja y poco estudiada entre nosotros, sobre la cual parece lógico apuntar únicamente algunos criterios orientadores<sup>14</sup>. En el caso de las pretensiones anulatorias, es lógico que el punto de conexión más relevante sea el momento en que se dictó el acto<sup>15</sup>. Si éste era contrario a Derecho cuando fue dictado, pero después se ha aprobado una norma que le dota de la base jurídica adecuada, la Administración deberá extraer las consecuencias oportunas, volviendo a dictarlo si es preciso y dándole, en su caso y si se dan los presupuestos legales, efectos retroactivos, pero ello no altera la legalidad del acto impugnado<sup>16</sup>.

le puede conceder en el momento en que se dicta sentencia, se deberá desestimar su pretensión. Sin embargo, cuando una norma prevé el otorgamiento de subvenciones a quienes reúnan determinados requisitos, abriendo una convocatoria para la presentación de solicitudes, el órgano judicial que conozca de una pretensión de condena formulada contra un acto administrativo denegatorio de la subvención deberá enjuiciarla a la luz del Derecho aplicable a dicha solicitud en el momento en que se formuló, no el Derecho aplicable en el momento de dictar Sentencia, pues en caso contrario se privaría de sentido al proceso, dado que esa convocatoria de subvenciones se ceñía a un ámbito temporal preciso. Destaca el reciente y cuidadoso tratamiento del tema en W. SPANNOWSKY, dentro de SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.255-258. Al enunciar y defender la regla que califica como «momento relevante» el del dictado de la Sentencia o el de la última vista oral, tiene en consideración especialmente los posibles efectos favorables de esa regla para el demandante, cuando después se producen modificaciones normativas en beneficio suyo, que pueden justificar la estimación de la pretensión. Pero restringe la aplicación de esa regla cuando produce consecuencias desfavorables al particular, poniendo el ejemplo de una modificación del planeamiento urbanístico que legitime «a posteriori» la previa denegación ilegal de una licencia urbanística.

14. Conviene distinguir el problema aquí planteado, de las cuestiones generales del Derecho intertemporal. Las normas de Derecho intertemporal (ya se trate de normas generales o de las disposiciones transitorias de una disposición concreta) parten siempre de un punto de conexión: el momento en que se entiende producido el supuesto de hecho, perfeccionado un negocio jurídico, iniciado un procedimiento, etc., y a partir de ahí establecen la consecuencia jurídica, es decir, la aplicación a ese supuesto de hecho de la nueva norma o del Derecho derogado. Lo que nos preguntamos en este epígrafe es más bien cuál es la localización temporal relevante (base de la aplicación posterior del Derecho intertemporal): el momento en que se presenta la solicitud en vía administrativa, el momento en que se dicta el acto impugnado o el momento en que se dicta sentencia.
15. Así lo reconoce, por ejemplo, la Sentencia de 14 de julio de 1997 (RJ 1997, 6094), relativa al conocido asunto de la presa de Itoiz: «el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa limita el objeto de nuestro examen al acto impugnado (...). Esta precisión no es baladí, ya que ello constituye el punto referencial de enjuiciamiento, tanto en lo que afecta a la naturaleza de la resolución (...) como en cuanto a la legislación aplicable, que no es y no puede ser más que la que en ese momento se encontraba en vigor; siendo indiferente a tales efectos, la normativa y hechos que, respectivamente, se han dictado o producido con posterioridad, los cuales, aunque podrían servir como elementos «ex post» de interpretación, sin embargo, al no ser conocidos por la Administración autora del acto en el instante en que éste se produjo, es obvio que no los aplicó y ningún reproche puede hacersele por ello».
16. Lo que sí puede ocurrir es que la modificación normativa elimine el objeto del proceso y dé lugar a su terminación anticipada. Pensemos en un proceso en el que la única pretensión formulada por el demandante es la anulación de una licencia urbanística y la demolición del edificio construido a su amparo. No se solicita, por ejemplo, indemnización por eventuales daños producidos por el otorgamiento de la licencia. Supongamos que una vez iniciado el proceso se modifica el planeamiento urbanístico, de forma que la Administración habría podido otorgar, ajustándose a Derecho, una licencia idéntica a la impugnada. En este caso puede ocurrir que el proceso termine anticipadamente porque el demandante ya no puede obtener la satisfacción de ningún interés legítimo (salvo el interés moral en que se declare que se cometió una ilegalidad), aunque se dicte una sentencia estimatoria y se anule la licencia ilegalmente concedida.

El caso de las pretensiones de condena es claramente más complejo. La necesidad de superar la concepción revisora del contencioso, así como los ejemplos de Derecho comparado, parecen sugerir inclinarse por el momento en que se dicta sentencia, o en todo caso el final de la fase de conclusiones. Al resolver sobre las pretensiones de condena, el órgano judicial no está limitándose a revisar una conducta omisiva o denegatoria de la Administración, y por tanto debe evitarse la aplicación a tales pretensiones de reglas pensadas para las de tipo anulatorio. Sin embargo, seguir este criterio y optar por el momento en que se dicta sentencia o el momento final de la fase de conclusiones, plantearía muchos problemas, que son los que han dado lugar a las numerosas excepciones admitidas en Derecho alemán. Sencillamente se colocaría en mejor posición a la Administración incumplidora, es decir, la que deniega inmotivadamente las peticiones de los particulares, que a la que actúa conforme a Derecho, puesto que la primera tendría a su favor la eventualidad de que se produjera posteriormente una modificación normativa que le permitiese denegar la solicitud del particular, ya que sería dicha modificación la que se aplicase para resolver la pretensión de condena, y le permitiría dejar insatisfecha la solicitud de ese particular, aunque en el momento de su presentación hubiera debido estimarla. Parece claro, por otro lado, que los problemas planteados cuando se aprueba una norma que resulta incompatible con la ejecución de una determinada sentencia de condena (por ejemplo, nuevo plan urbanístico que impide el otorgamiento de una licencia a cuya producción ha sido condenado un Ayuntamiento) han de ser resueltos en la fase de ejecución, a partir del concepto de imposibilidad legal (art. 105.2 LJCA)<sup>17</sup>. Por tanto, no es necesario ni correcto evitar anticipadamente que surja ese problema obligando al órgano judicial a ajustarse al Derecho vigente en el momento en que dicta sentencia.

Cuando la pretensión de condena se dirija a obtener una prestación material administrativa o un acto que reconozca un derecho del particular, es decir, cuando la pretensión tenga como objeto la satisfacción de un derecho del que es titular el particular frente a la Administración, parece claro que el órgano judicial deberá estimar o desestimar la pretensión aplicando el Derecho al que debería haberse atendido la Administración al decidir sobre la solicitud formulada por el particular. Con esa solicitud, el particular pretende el reconocimiento y el ejercicio de los derechos que le asisten, según la normativa vigente, en una determinada relación jurídica, ya existente o por constituir, que le une a la Administración. Con la pretensión de condena se pretende suplir o corregir la actuación ilegal de la Administración que no permitió el ejercicio o la satisfacción de tales derechos, y está claro que la inactividad administrativa no puede servir para dejar sin efecto esos derechos, provocando la aplicación a esa relación jurídica de un Derecho posterior

17. Ha estudiado este problema GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. II, pgs. 1258 y ss. El Auto de 16 de junio de 1983 (RJ 1983, 3533) aplica esta doctrina y declara el derecho del demandante a una indemnización como consecuencia de que, debido a una modificación del planeamiento urbanístico, el Ayuntamiento podía regularizar una construcción ilegal y devenía de imposible cumplimiento la sentencia que ordenaba la demolición.



que, si se hubiera resuelto puntualmente la solicitud del particular, no le habría sido de aplicación<sup>18</sup>.

Pero hay otras pretensiones de condena con las que el particular no persigue la satisfacción o el reconocimiento de un derecho cuyos presupuestos concurran en el momento en que presentó la correspondiente solicitud en vía administrativa, sino en las que se busca que se condene a la Administración a llevar a cabo una determinada conducta (inspectora, sancionadora, de organización de un servicio, de aprobación de una norma), por estar obligada a ello legalmente y en la medida en que con ello se favorece un interés del demandante. En este caso, el órgano judicial podrá declarar, aplicando el Derecho entonces aplicable, que la respuesta administrativa a la solicitud del particular no fue conforme a derecho, declaración que sólo tendrá sentido en cuanto presupuesto, por ejemplo, de una acción de responsabilidad. Pero, dado que no se trata de restablecer un derecho del demandante conculcado por la Administración, sino de obligar a ésta a ajustar su conducta a Derecho, lo que no tendrá sentido será condenarla a llevar a cabo una actuación que, en el momento de cumplirse (es decir, una vez dictada la sentencia) ya no sería ni obligatoria ni conforme a Derecho. En estos casos, el órgano judicial deberá ajustar su sentencia al Derecho vigente en ese momento, siempre que las partes hayan podido pronunciarse sobre él o se les dé ocasión de hacerlo.

#### **4. LAS SENTENCIAS SOBRE EL FONDO: REVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNADA Y ESTIMACIÓN O DESESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE CONDENA**

Una vez superado el control de admisibilidad, la sentencia deberá entrar al fondo del asunto y estimar o desestimar el recurso (arts. 68 y 70 LJCA). Esta expresión es un resto más de la concepción revisora del contencioso-administrativo anterior a la LJCA/1956, puesto que lo que se estima o desestima son cada una de las pretensiones. En la terminología de la LJCA, la pretensión anulatoria (que era la única admisible en el contencioso estatal antes de la LJCA/1956) es la pretensión genérica y a ella se refiere probablemente la Ley cuando habla de la estimación o desestimación del recurso en su conjunto. Esto se confirma en el artículo 70, que dice que el recurso se estimará o se desestimará según sean o no conformes a

---

18. Dogmáticamente se podría fortalecer esta conclusión si se piensa que la sentencia estimatoria comienza por declarar contraria a Derecho y, en su caso, anular, la actividad administrativa con la que se respondió a la solicitud del particular. Anulada esta actuación, la solicitud queda automáticamente pendiente de resolución, del mismo modo que la anulación de una Sentencia apelada obliga a dictar una nueva sentencia sobre la pretensión formulada. Si de lo que se trata es de determinar la resolución que corresponde a la solicitud planteada por el particular, habrá que aplicar el Derecho correspondiente al momento de presentación de dicha solicitud, es decir, las normas que habría tenido que aplicar la Administración cuando dictó el acto. Si la solución resultante no puede ser llevada a la práctica en el momento en que se dicte la sentencia por ser jurídicamente imposible, se aplicará lo dispuesto en el art. 105.2 LJCA, que tutela al demandante victorioso por la vía indemnizatoria.

derecho «la disposición, acto o actuación impugnados», es decir, equipara la estimación del recurso con el éxito de la pretensión impugnatoria<sup>19</sup>.

Según el artículo 71, en caso de que se estime el recurso, la sentencia «[d]eclarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada», y además «[s]i se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma», fórmula en la que deben considerarse comprendidos todos los posibles pronunciamientos de condena: condena a que se dicte un acto o se apruebe un reglamento cuyos contenidos son precisados en la sentencia, o a que se pague una cantidad de dinero o se realice determinada actuación material (sentencias de condena en sentido estricto), o condena a que se tramite un procedimiento y se resuelva sobre una petición del recurrente, respetando ciertos parámetros fijados en la propia sentencia (sentencia-marco, «Bescheidungsurteil»).

19. Un examen de los arts. 70 y 71 permite fácilmente observar cómo la actual regulación de la Sentencia conserva todavía las huellas de un contencioso limitado a la anulación de los actos, huellas que, si eran fácilmente justificables en 1956, no lo son tanto cuarenta años después, cuando tanto se ha escrito sobre el carácter subjetivo del contencioso-administrativo. Resumiendo el contenido de los dos artículos citados, la sentencia: a) desestimaré el recurso cuando la actuación (o inactividad) impugnada se ajuste a derecho, b) lo estimaré cuando no sea conforme a derecho, y c) en este último caso, si se ha pedido también el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para su restablecimiento, se ordenarán esas medidas.

En el contencioso-administrativo tal como se viene entendiendo desde 1956, los demandantes pueden formular diversas pretensiones en relación con un mismo acto, por ejemplo una pretensión anulatoria y otra de condena. El hecho de que el acto impugnado no se ajuste a Derecho, entonces, determinará la estimación de la pretensión anulatoria, pero no necesariamente de la pretensión de condena ni, por consiguiente, del recurso en su conjunto (que es lo que sostiene el art. 70). Por lo mismo, no es cierto que la estimación del recurso (que se produce, según el art. 70, cuando no es conforme a Derecho la actividad administrativa impugnada) signifique automáticamente la estimación de las eventuales pretensiones de condena [como afirma el art. 71.1 b)], cosa bastante obvia, ya que la Administración puede haber dictado un acto ilegal, por ejemplo por vicios de forma, y sin embargo no estar sometida a la obligación que reclama el demandante en la pretensión de condena.

En este sentido es mucho más correcta la regulación de la sentencia en el contencioso-alemán, que resulta de la aplicación conjunta del §113 VwGO y de la ZPO (por analogía). En ella se establecen los pronunciamientos de la Sentencia ante las distintas peticiones que puede formular el demandante, sin vincular la suerte del recurso, en todo caso, al éxito de una pretensión anulatoria. SCHMIDT, J., en EYERMANN, E. (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.33, hace una reflexión que puede ser útil para el Derecho español: «La finalidad de esta acción [se refiere a la «Verpflichtungsklage», acción de condena dirigida a la obtención de un acto administrativo] se indica en la Ley mediante un rodeo –o, simplemente, se indica mal– al decirse que se deberá dictar la condena en caso de que la denegación o inactividad sean contrarias a Derecho y a través de ellas se lesionen los derechos del demandante. Pero en realidad esto no basta por sí solo para que sea estimada la pretensión de condena. Puede ocurrir que, aunque la denegación inicial fuese ilegal, se haya extinguido el derecho material (...) o, al contrario, que la denegación inicial fuese correcta pero que lo haya dejado de ser debido a un cambio de la situación fáctica y jurídica». El autor pone como ejemplo la denegación de una licencia urbanística, ante la que el solicitante reacciona formulando una pretensión de condena ante la jurisdicción administrativa para que se ordene a la Administración que le otorgue la licencia. Puede producirse una modificación del planeamiento entre la denegación de la licencia y la terminación del proceso, de modo que el proyecto edificatorio del particular pase de ser admisible (de

La concepción revisora del contencioso-administrativo ha tendido en este punto a reducir la labor del Tribunal al examen (revisión) del acto administrativo impugnado, lo que en la práctica significa en muchos casos dejar a un lado las pretensiones de condena formuladas por el demandante en relación con ese acto. Por esta razón es necesario plantearse, teniendo en cuenta ya el nuevo conjunto de recursos introducido por la LJCA/1998, qué papel desempeña el acto impugnado (cuando lo hay) en el momento en que el órgano jurisdiccional pasa a decidir sobre el fondo de una pretensión de condena.

La LJCA responde a esta cuestión distinguiendo los recursos contra actos y los recursos contra la inactividad. En el recurso contra la inactividad (art. 29.1) no hay un acto administrativo impugnado<sup>20</sup>. Aunque el demandante debe solicitar en vía administrativa que se ponga fin a la inactividad, y aunque la Administración puede responder a esa solicitud con una declaración en la que exponga al particular las razones por las que decide no acceder a esa petición, el recurso no consiste nunca en la impugnación de esa declaración ni lleva implícita una pretensión anulatoria de la misma. El recurso contra la inactividad es en realidad una pretensión de condena articulada (innecesariamente) como impugnación de la inactividad u omisión administrativa. Con ese giro (que no encontramos, por ejemplo, en el proceso civil, en el que la pretensión de condena no se llama recurso contra la inactividad del deudor) se consigue poner este tipo de pretensiones al lado de los demás recursos (contra actos, reglamentos o vía de hecho), incluyéndolas en un esquema mental (impugnación, recurso) familiar para todos los aplicadores del contencioso-administrativo. Pero lo que interesa destacar en este momento es que la inactividad administrativa y la pretensión de condena del particular son las dos caras de una misma moneda y por tanto no se pueden examinar por separado ni aisladamente. Si un particular solicita que se condene a la Administración a pagarle 500.000 pesetas que le debe porque así se pactó en un convenio, lo que tendrá que hacer el órgano judicial es ver si esa petición está bien fundada jurídicamente: si existe tal convenio, si es válido, si la Administración ya pagó, si el derecho al cobro está prescrito, etc. Y estas averiguaciones pueden ser designadas indistintamente como revisión de la inactividad administrativa y como examen de la pretensión de con-

---

forma que la denegación de la licencia fuese ilegal) a ser incompatible con el planeamiento, o viceversa.

20. Esto aparece destacado en la Exposición de Motivos, ya que es la principal innovación del recurso contra la inactividad: «En el caso del recurso contra la inactividad de la Administración, la Ley establece una reclamación previa en sede administrativa; en el del recurso contra la vía de hecho, un requerimiento previo de carácter potestativo, asimismo en sede administrativa. Pero eso no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos, expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. En caso contrario, lo que se impugna sin más trámites es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso» (§5).

dena<sup>21</sup>. La posible respuesta expresa de la Administración al requerimiento formulado por el particular en cumplimiento del artículo 29.1 LJCA, no sólo no es objeto de impugnación formal ni de una pretensión anulatoria, sino que no desempeña ningún papel en la decisión judicial sobre el fondo de la pretensión. Lo que importa son las alegaciones formuladas por la Administración al contestar la demanda, no las que haya podido incluir en esa respuesta al requerimiento del particular<sup>22 y 23</sup>.

En el recurso contra actos sí encontramos, obviamente, un acto impugnado. Y se plantea la misma cuestión: ¿qué debe hacer el órgano judicial al decidir sobre el fondo, revisar la legalidad del acto impugnado o centrarse exclusivamente en las pretensiones formuladas por las partes, olvidándose del acto, como mero presupuesto procesal que es, una vez superada la fase de admisión? La LJCA entiende

21. La Ley regula la estructura de la Sentencia del mismo modo para los distintos recursos, como se desprende del tenor, ciertamente confuso, de los arts. 70 y 71, cuyo ajuste a la regulación de las pretensiones (arts. 28-31) es, por lo demás, bastante deficiente. Por tanto, se debe examinar la legalidad de la inactividad, para, en caso de que ese examen arroje un resultado negativo, ponerle remedio con una condena de hacer. Según el art. 70.2, la Sentencia «estimaré el recurso contencioso-administrativo cuando la *disposición*, la *actuación* o el *acto* incurrieren en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder». Esas tres formas de actividad administrativa deben aludir a las diferentes acciones: recurso contra reglamentos (disposiciones), contra la inactividad y la vía de hecho (actuación e inactividad, en ambos casos sin acto administrativo) y contra actos. El art. 71, que es el que regula los pronunciamientos de las sentencia estimatorias, dispone en su apartado 1. a), que la sentencias «[d]eclarará no ser conforme a derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada». Si el término «actuación» ha de referirse también a la inactividad administrativa (como se desprende del art. 70), su «modificación» ha de significar necesariamente un pronunciamiento de condena, pronunciamiento que también se puede derivar, asistemáticamente, del apartado 1. b) del art. 71.

Para J. GONZÁLEZ PÉREZ: «[e]n todo caso, la cuestión de fondo se reduce a una confrontación con el Derecho del acto o actuación objeto de la pretensión» (*Comentarios*, cit., vol. II, pg. 1306). Un poco antes, en la misma página: «El problema de fondo se reducirá a confrontar si el acto, disposición, actuación o inactividad frente a los que se deduce la pretensión se ajustan o no al Ordenamiento jurídico. Como toda pretensión procesal administrativa presupone un acto o una actuación administrativa, su examen se traducirá en el examen de la conformidad con el Ordenamiento jurídico de la actuación».

22. La función que desempeña en el proceso contencioso-administrativo la eventual respuesta de la Administración a esta reclamación del particular queda ilustrada con bastante claridad si acudimos al modelo de los procesos civiles en que la Administración es demandada. El demandante ha debido formular previamente una reclamación gubernativa (art. 120 LRJ-PAC). Pero una vez cumplido dicho requisito procesal, la reclamación es irrelevante, y lo mismo la respuesta a la misma, si es que la Administración ha resuelto expresamente la reclamación. Lo que importa en el proceso son las alegaciones formuladas en los escritos procesales.
23. En este punto es patente el contraste con el Derecho alemán, cuya solución al problema es mucho menos barroca. Como ya hemos visto, la VwGO distingue, dentro de las pretensiones de condena, las que se dirigen al dictado de un acto administrativo («Verpflichtungsklage») y las que tiene por finalidad otro tipo de actuaciones administrativas («allgemeine Leistungsklage»). En este último caso, lo que se enjuicia es si el demandante tiene derecho a aquello que pide (o si la Administración está obligada a concedérselo), pero no se da la vuelta al problema para pasar a examinar si es conforme a derecho la inactividad administrativa. Cuando se pide el dictado de un acto administrativo, es necesario solicitarlo antes a la Administración, y la demanda se interpone contra su abstención («Untätigkeitsklage») o contra la denegación expresa («Versagungsgegenklage»), y en este sentido se enjuicia también la conformidad a derecho de la inactividad o de la denegación (§113 VwGO).

que la legalidad del acto impugnado sí es relevante para la estimación o desestimación del recurso y determina también la de las demás pretensiones que se hayan deducido en relación con el mismo (arts. 70.2 y 71.1), aunque ya hemos visto que esta regla no se puede entender al pie de la letra. Es evidente, por lo demás, que cuando el demandante sólo haya formulado una pretensión anulatoria (por ejemplo, contra una sanción), no tiene sentido distinguir entre el examen de la pretensión y la revisión del acto impugnado, porque (como hemos visto antes para la inactividad) son las dos caras de la misma moneda.

El problema se complica al estudiar las pretensiones de condena, porque éstas no quedan incluidas en uno solo de los tipos de recurso a que me he referido (recurso contra actos y recurso contra la inactividad). Dados los estrictos términos del artículo 29.1 LJCA, hay múltiples casos en que el demandante no puede deducir su pretensión de condena directamente o como recurso contra la inactividad, sino que debe forzar la producción de un acto (expreso o presunto) para deducir en relación con él la pretensión de condena (art. 31.2). Y también hay casos en los que aspira a obtener un acto administrativo (por lo que no acude a la vía administrativa para vincular la instancia, sino para obtener el acto que necesita) y al obtener una respuesta denegatoria acude al contencioso-administrativo deduciendo una pretensión anulatoria de la denegación y otra de condena dirigida a la obtención del acto solicitado.

La respuesta que se debe dar al problema planteado en este epígrafe no puede ser, a mi juicio, la misma en todos los casos. Si el demandante pide que se condene a la Administración a otorgarle una licencia de parcelación que está totalmente reglada y sometida a unos requisitos relativamente sencillos enumerados en la normativa aplicable, o que le conceda una subvención agraria cuyos presupuestos son igualmente claros y están especificados en un reglamento comunitario, es claro que el órgano judicial se centrará en si el demandante cumple esos requisitos y no exclusivamente en la legalidad del acto denegatorio impugnado. Eso no quiere decir que el acto impugnado pase a ser irrelevante una vez admitido el recurso, entre otras cosas porque puede servir para delimitar el objeto del proceso, como ocurre cuando la Administración ha reconocido que el solicitante reúne algunos de los presupuestos del acto o prestación solicitados, lo cual le impide ponerlos después en cuestión<sup>24</sup>. Pero el órgano judicial tiene, en el examen de las pretensiones del particular, una independencia respecto al acto administrativo que se manifiesta en diversos aspectos. Así, puede decidir si el demandante reúne todos los requisitos de la prestación solicitada al margen de lo que la Administración se haya pronunciado sobre ellos en el acto administrativo impugnado, puesto que puede

24. Esto se deriva, entre otros fundamentos, del art. 33.2 LJCA «a fortiori». Si el órgano judicial no está vinculado por los motivos alegados por la Administración demandada al oponerse al recurso, menos aún lo estará por lo que la Administración haya podido responder al particular en vía administrativa. Sobre la situación particular de los actos administrativos que deben ser obligatoriamente motivados, me remito a mi artículo «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 145 (1997), pgs. 89-115.

aplicar por sí mismo (con ayuda, en su caso, de distintos medios de prueba) las normas pertinentes. A su vez, determinados vicios de la decisión administrativa impugnada (como los de forma o procedimiento, que en una denegación presunta se dan siempre) son relativamente irrelevantes, puesto que ni impiden al órgano judicial decidir sobre el fondo de la pretensión planteada ni implican por sí solos que se deba estimar la pretensión de condena. En definitiva, en estos casos el enjuiciamiento presenta una estructura muy similar a la del recurso contra la inactividad: lo que se examina es si la petición del particular (su pretensión de condena) está bien fundada jurídicamente, es decir, si la Administración está obligada a llevar a cabo la prestación a que el particular pide que sea condenada; la respuesta que la Administración haya dado a esa petición cuando le fue planteada como solicitud en vía administrativa es relativamente irrelevante.

Pero la situación es distinta en otros casos en los cuales el acto administrativo es totalmente imprescindible para que la pretensión de condena sea estimada. Lógicamente, esto no puede darse nunca en las pretensiones de condena que se plantean como recursos contra la inactividad, puesto que aquí, por definición (art. 29.1 LJCA), la prestación solicitada por el particular no requiere un acto administrativo. ¿Cuándo se produce esa vinculación tan estrecha entre acto y pretensión de condena? En aquellos casos en los cuales, o bien la Administración es la única que puede obtener, a través del procedimiento, todos los elementos de juicio necesarios para determinar si es jurídicamente obligatorio dictar el acto solicitado por el demandante, o bien la Administración puede decidir discrecionalmente sobre el otorgamiento de ese acto o prestación. En ambos supuestos se produce el mismo resultado: el órgano judicial no puede decidir por sí mismo, con independencia del acto administrativo impugnado y con el único apoyo de las normas aplicables, si la Administración está obligada a llevar a cabo lo que el particular ha pedido. O bien le faltan datos (que no siempre puede obtener por sí mismo, como veremos en el capítulo siguiente), o bien esa respuesta está condicionada a una decisión discrecional que sólo corresponde a la Administración. Frente a lo que ocurría en el caso anterior, aquí la ilegalidad del acto impugnado es relevante en todo caso: si la Administración puede decidir discrecionalmente sobre el otorgamiento de la prestación solicitada por el particular, es obvio que esa decisión sólo podrá superar el control judicial si es válida. Si no lo es, la consecuencia no será que el órgano judicial pase a decidir por sí mismo si el particular tiene o no derecho a la prestación solicitada (puesto que esa decisión requiere una valoración discrecional que no puede llevar a cabo), sino que, o bien deduce de la decisión discrecional anulada que sólo queda una solución ajustada a derecho (reducción de la discrecionalidad, que se estudia en el capítulo siguiente), o bien devuelve el asunto a la Administración para que ésta se pronuncie sin volver a incurrir en una ilegalidad. Y lo mismo cuando la invalidez del acto impugnado priva al órgano judicial de los elementos fácticos necesarios para pronunciarse sobre la estimación de la pretensión.

Estos procesos tienen, porque así lo impone la naturaleza de las cosas y no como una concesión a la concepción revisora del contencioso, dos fases: una pri-

mera de revisión de la legalidad del acto impugnado y una segunda, condicionada a que la anterior haya conducido a la anulación del acto, en la que se decidirá, sobre la base de ese acto y de su contenido, si la pretensión del demandante debe ser estimada y, en su caso, si esa estimación debe ser total (condenando a la Administración a dictar el acto solicitado) o parcial (condenándola sólo a volver a dictar una decisión en la que se eviten las ilegalidades cometidas en la primera y se tengan en cuenta los parámetros fijados por la sentencia)<sup>25</sup>. En conclusión, por tanto, el acto impugnado no desempeña siempre el mismo papel en los procesos en los que se deduzcan pretensiones de condena. Aunque el objeto del proceso no se reduzca a una pretensión dirigida a la anulación de ese acto, y aunque se supere la concepción revisora del contencioso, no es posible (al menos no es siempre posible) reducir el acto a la condición de presupuesto procesal y prescindir de él una vez superada la fase de admisibilidad.

## 5. LA RELACIÓN ENTRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE CONDENA Y LOS ANULATORIOS

Se plantean en este punto dos cuestiones principales: si el órgano judicial debe anular expresamente la decisión administrativa impugnada, en caso de estimar la pretensión de condena, y si debe limitarse a dicha anulación, en caso que perciba

25. En apoyo de esta conclusión puede citarse el modelo del Derecho alemán, donde a este resultado no se llega de ningún modo de la mano del prejuicio revisor. Con carácter general, se entiende que en el examen judicial de las pretensiones de condena no se pueden distinguir dos aspectos: la legalidad de la actuación o inactividad administrativa, por un lado, y el derecho del demandante a una determinada prestación o acto, por otro. Y esta conclusión se sostiene tanto en aquellas pretensiones dirigidas a la obtención de una actividad material administrativa (equiparables a nuestro recurso contra la inactividad, y en las que no se puede hablar, por tanto, de acto impugnado), como en las pretensiones dirigidas a la obtención de un acto administrativo, en las que es preciso presentar primero una solicitud en vía administrativa y que por tanto pueden enfrentarse a un acto denegatorio en sentido estricto: en ambos casos se entiende que la revisión de la legalidad de esa inactividad o denegación y la verificación de si el demandante tiene derecho a la prestación solicitada son la misma cosa, por lo que cuando lo que se plantea es una pretensión de condena, el Tribunal se centrará en el derecho del demandante y no en una censura de la actuación administrativa previa: vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §26.3.

A pesar de esta afirmación inicial, C. F. MENDER observa que, ante una «*Verpflichtungsklage*» o acción dirigida a la obtención de un acto administrativo previamente denegado expresa o tácitamente por la Administración, el órgano judicial sólo puede comprobar si el demandante tiene derecho a aquello que solicita en su pretensión de condena, *si previamente verifica la legalidad del acto administrativo denegatorio de la solicitud presentada en vía administrativa*: vid. MENDER, C. F.: *System*, cit., pgs. 205-206, y también HAUEISEN: «Das Verhältnis von Norm und Verwaltungsakt und seine Bedeutung für Klage und Urteil», *DVB*, 74 (1959), pgs. 793-795. En la doctrina actual, y desde un punto de vista también más práctico, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.186, afirman que, aunque la sentencia que se dicte sobre una pretensión de condena («*Verpflichtungsklage*») debe fijarse en si el demandante tiene derecho al acto que solicita y no en si el acto expreso denegatorio (en caso de que exista) es ilegal, en algunos casos la motivación de ese acto denegatorio puede ser decisiva para determinar si se debe estimar la demanda y si la Sentencia puede pronunciar una condena a dictar un acto concreto o debe conformarse con anular el acto y remitir el asunto a la Administración para que decida nuevamente.

la existencia de un vicio invalidante en el acto impugnado, o debe pronunciarse también expresamente sobre la pretensión de condena.

a) **¿Es necesario anular expresamente el acto en relación con el cual se deduce la pretensión de condena?**

En el estudio de las pretensiones de condena, a veces se ha utilizado como piedra de toque para comprobar si un ordenamiento jurídico las recoge o no, el dato de si la sentencia estimatoria que se dicte en estos procesos debe contener un pronunciamiento expreso de anulación del acto administrativo en relación con el cual se haya deducido la pretensión de condena<sup>26</sup>. En una regulación adecuada de las pretensiones de condena, el fallo de la sentencia estimatoria sólo debería contener pronunciamientos de este tipo, y no la anulación del acto impugnado, acto que debería quedar reducido a mero presupuesto procesal y tenerse en cuenta sólo en la fase de admisibilidad<sup>27</sup>. En el epígrafe anterior he intentado mostrar que la función del acto en el proceso administrativo es bastante más compleja y variada, y ahora procede aplicar a la sentencia las consecuencias de ese razonamiento.

El Derecho alemán, que es el fundamento de quienes rechazan cualquier pronunciamiento anulatorio en sentencias de condena, no da una respuesta única y sencilla a esta cuestión. Antes de la aprobación de la VwGO (1960), había un régimen distinto en las leyes de los «Länder» incluidos en la antigua zona de ocupación norteamericana y en la regulación aplicable a los «Länder» de la zona británica. En el primer caso, se preveía expresamente que, en caso de que fuera estimada una pretensión de condena, la sentencia debería anular el acto (denegatorio) impugnado y, a renglón seguido, condenar a la Administración a

26. Así, GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pg. 220, afirma: «La acción prestacional presenta la singularidad de que, de estimarse por el Tribunal la demanda por la cual el particular pretende que el Tribunal condene a la Administración a dictar un acto o a realizar una determinada actividad, ésta tendrá que realizar una conducta positiva y conceder la prestación requerida. (...) *el planteamiento es radicalmente distinto al de la acción de anulación, por la que se persigue la simple anulación de un acto, al partirse de la idea de la posición activa del ciudadano frente a la Administración en el marco de los principios constitucionales y de la relación jurídica*» (la cursiva es mía). En *Problemas procesales*, cit., pgs. 22 y 28, el mismo autor ha sostenido la insuficiencia del sistema español de pretensiones de condena (en la LJCA/1956), porque en él era necesario ejercer previamente una pretensión anulatoria, y la sentencia estimatoria contenía en primer lugar un pronunciamiento de anulación.

27. La doctrina entiende que, «de lege lata», la anulación del acto administrativo impugnado es un presupuesto de la posterior estimación de las pretensiones de condena. Así, J. GONZÁLEZ PÉREZ, considera que la anulación expresa del acto impugnado es necesaria en todo caso. No sólo cuando dice que el anulatorio es el primer pronunciamiento de toda Sentencia estimatoria en la justicia administrativa (*Comentarios*, cit., vol. II, pg. 1324), y cuando se refiere a la anulación del acto impugnado por vicios de forma y consiguiente remisión del asunto a la Administración para que retrotraiga las actuaciones (pg. 1327), sino también cuando «la no conformidad a derecho del acto es por desconocer y lesionar una situación jurídica individualizada», que es el supuesto típico de las pretensiones de condena en las que la Administración ha denegado antes en vía administrativa la petición del particular: «El acto administrativo ha de ser anulado —como dice la S. de 15 de noviembre de 1971— para poder después estimar la situación jurídica individualizada» (pg. 1328).



dictar el acto o actuación material solicitados<sup>28</sup>. En la legislación dictada para la zona británica, no era necesario el pronunciamiento anulatorio, sino que la sentencia estimatoria debía pasar directamente al de condena<sup>29</sup>.

Esta diferencia obedece al modo en que cada una de estas normas regulaba las pretensiones de condena. La legislación para la zona norteamericana aplicaba un régimen distinto a las pretensiones relativas a actos administrativos («Anfechtungssachen») y a las dirigidas a la obtención de actuaciones administrativas materiales («Parteistreitigkeiten»). En el primer caso, las pretensiones de condena se canalizaban como impugnación de la inactividad administrativa (§35.2). Cuando lo que el demandante solicitaba era la realización de una actuación material (§85.1), se aplicaba el sistema de acciones de la jurisdicción civil, y por tanto se podía deducir directamente la pretensión de condena, sin necesidad de presentarla como impugnación de algún acto o declaración administrativa previa. Es lógico, por tanto, que las sentencias estimatorias de pretensiones de condena dirigidas al dictado de un acto administrativo comenzaran anulando el acto impugnado.

En la legislación dictada para la zona británica, no se distinguía tan estrictamente entre las disposiciones relativas a actos administrativos y las relacionadas con actuaciones administrativas materiales (no se tenía tan en cuenta la distinción entre «Anfechtungssachen» y «Parteistreitigkeiten», en la terminología de las leyes de la zona norteamericana). El sistema era muy parecido al que después adoptaría la VwGO: sobre el fondo de la aplicabilidad del sistema de acciones civiles (entre las que se incluye la pretensión genérica de condena o «allgemeine Leistungsklage»), se regulan expresamente la acción de impugnación de actos administrativos (§23, «Anfechtungsklage») y la pretensión de condena dirigida a obtener la emisión de un acto administrativo (§24, «Klage auf Vornahme eines Verwaltungsaktes»). Esta última no se hacía pasar en absoluto como impugnación de un acto administrativo anterior, sino que aparecía como acción de condena en sentido estricto, y por ello la sentencia estimatoria omitía cualquier pronunciamiento de anulación<sup>30</sup>.

En el sistema de la VwGO se puede llegar a una sentencia de condena por dos vías (como se ha explicado en el Capítulo II): la acción general de condena («allgemeine Leistungsklage») cuando lo que se solicita es una actuación adminis-

28. Puede tomarse como ejemplo la VGG («Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz») de Baviera, de 25 de septiembre de 1946 (publicada en el «Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt» de 15 de octubre). Su §79.3 dispone: «Si el Tribunal considera ajustada a derecho la acción de impugnación [“Anfechtungsklage”] formulada contra la denegación de un acto, y considera que puede recaer sobre el asunto una decisión sobre el fondo [“spruchreif”], anulará la denegación y condenará simultáneamente a la Administración a realizar la actuación solicitada».

29. Como se desprende del §75.3 del Reglamento («Verordnung») núm. 165 del Gobierno Militar de la zona británica, relativo a la justicia administrativa (publicado en el «Verordnungsblatt/ britische Zone», 1948, pg. 263). Según este precepto, «si el Tribunal considera que la denegación de una actuación u otro tipo de inactividad no se ajustan a Derecho, y que puede recaer una decisión sobre el fondo del asunto, condenará a la autoridad administrativa a llevar a cabo la actuación solicitada».

30. Sobre las sentencias de condena en la legislación anterior a la VwGO, vid. IDEL, W.: «Zum Begriff der Spruchreife bei der Klage auf Vornahme eines Verwaltungsakts», *NJW*, 8 (1955), pgs. 1744-1747, esp. pgs. 1745-1746.

trativa material, y la «*Verpflichtungsklage*» cuando lo que se quiere obtener de la Administración es justamente que dicte un acto administrativo. Sólo en este segundo caso es necesaria la vía administrativa previa, es decir, solicitar a la Administración que dicte el acto y, en caso de que deniegue expresamente la solicitud, recurrir esa denegación en vía administrativa (§§42.1 y 68.2 VwGO). Si la Administración permanece inactiva ante la solicitud del particular, éste puede acudir directamente a los Tribunales<sup>31</sup>. Si lo que el particular solicita a la Administración es una actuación material y no un acto administrativo, puede acudir a los Tribunales directamente y presentar una «*allgemeine Leistungsklage*», sin necesidad de reclamar esa actuación en vía administrativa. Incluso si decide presentar esa reclamación para intentar obtener una satisfacción extraprocesal para su pretensión, y la Administración no accede a ello, la pretensión judicial que presente a continuación será estrictamente de condena y no será en absoluto una impugnación de la decisión administrativa denegatoria<sup>32</sup>.

Cuando el demandante formula una «*allgemeine Leistungsklage*» no hay, por tanto, ningún acto previo que se pueda anular. Todo lo más, se habrá producido una simple declaración administrativa que deniegue los argumentos del particular. Como tal declaración no produce en sí misma efectos jurídicos materiales (sólo el efecto procesal de acreditar la oposición de la Administración a la pretensión del demandante y por tanto la necesidad de tutela judicial), y como la actividad de enjuiciamiento pasa a centrarse inmediatamente en la pretensión de condena del particular y no en la revisión de la decisión administrativa previa (como he explicado en el epígrafe anterior), la sentencia no contiene ningún pronunciamiento anulatorio. En caso de que se estime la pretensión y se condene a la Administración a realizar la actuación material solicitada, esa condena supondrá por sí sola que la anterior decisión administrativa (denegatoria de la solicitud del particular) era contraria a derecho, sin que sea necesario afirmar esto expresamente en la sentencia.

Por lo que respecta a los casos en que el demandante aspira a la obtención de un acto administrativo y formula una «*Verpflichtungsklage*», el problema es diferente porque aquí puede haberse dictado previamente un acto administrativo expreso de contenido denegatorio de la solicitud del particular. La doctrina afirma que, en rigor, no es necesario que la sentencia estimatoria contenga, además de la condena a la Administración, un pronunciamiento expreso de anulación, aunque

31. Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §6.17 (pg. 85). Ante la inactividad administrativa, el particular no puede interponer el recurso administrativo típico o «*Widerspruch*», pero sí dispone de algunos remedios facultativos que le permiten buscar satisfacción a sus pretensiones sin abandonar la vía administrativa y sin incurrir en los costes de un proceso. Se trata, sin ánimo de exhaustividad, de la «*Gegenvorstellung*», que es una especie de recurso de reposición, y de la «*Aufsichtsbeschwerde*», o queja ante el órgano competente para la tutela o supervisión del que ha permanecido inactivo. Sobre estos remedios, vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §1.46-47.

32. Sobre la posibilidad de que el particular resulte en algunos casos obligado a efectuar esa reclamación previa en vía administrativa, me remito a lo que he indicado supra, en la nota 39 del Capítulo X.

reconoce que la práctica habitual es incluir ese pronunciamiento en la sentencia y que ello favorece de algún modo la seguridad jurídica<sup>33</sup>. También puede ocurrir que el demandante no haya pedido que se condene a la Administración a dictar un acto que con anterioridad se haya negado totalmente a emitir, sino que, habiendo recibido ya un acto favorable, el particular quiera que se condene a la Administración a modificar o completar ciertos aspectos del mismo. En estos casos, la anulación del acto va en contra de los intereses del demandante, de forma que la sentencia, o bien mantiene el acto anterior y condena a la Administración a volver a decidir mediante acto administrativo los aspectos en los que el particular no está de acuerdo (siempre que el acto sea divisible y que sea posible mantener una parte del mismo anulando otra), o bien desestimarán completamente la pretensión, si el acto es indivisible y las únicas alternativas son mantenerlo en su integridad (desestimando la demanda) o anularlo íntegramente (lo que sería contrario al principio dispositivo y normalmente implicaría también una «reformatio in peius»)<sup>34</sup>.

Desde un punto de vista dogmático, las conclusiones de la doctrina alemana son perfectamente aplicables a nuestro Derecho. Sólo tiene sentido un pronunciamiento anulatorio expreso respecto de actos administrativos en sentido estricto, porque sólo ellos tienen la pretensión de producir efectos jurídicos y vincular a los particulares (lo que la doctrina alemana denomina «Regelungscharakter»). En cambio, si se ha solicitado a la Administración que lleve a cabo una actuación material y ésta ha contestado al particular con una comunicación en la que le explica las razones de su negativa (art. 29.1 LJCA), tal comunicación no altera por sí misma en modo alguno las relaciones jurídicas entre ambos sujetos y por tanto no tiene sentido que la sentencia que condena a la Administración a llevar a cabo esa actuación la anule expresamente. El planteamiento del problema es el mismo que en los procesos civiles contra la Administración, precedidos por una reclamación gubernativa. La eventual respuesta expresa de la Administración a esta reclamación, a diferencia de las declaraciones negociales en sentido estricto (resolución unilateral de un contrato, ejercicio de una facultad de opción), no produce efectos materiales sobre las relaciones jurídicas con el reclamante, sino únicamente efectos procesales (cumplimiento de un requisito procesal y apertura de un plazo para presentar la demanda, una vez transcurrido el cual sería necesario volver a formular la reclamación previa). Tal decisión administrativa no constituye el objeto del proceso y, en caso de que la sentencia estime la demanda y, por tanto, rechace los argumentos invocados por la Administración, no será necesario anularla. El problema es ligeramente distinto con un acto administrativo, ya que éste siempre establece con carácter vinculante algún tipo de consecuencia jurídica, de modo que

33. En este sentido, vid. KOPP, F.-O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.179; SCHMIDT, J., en E. EYERMANN (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.33; REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.38 (pg. 689); SPANNOWSKY, W., en SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.219.

34. Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §15.6 (pg. 321); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.184; y, entre nosotros, VELASCO CABALLERO, F.: *Las cláusulas accesorias*, cit., pgs. 334 y ss.

una vez transcurrido el plazo de recurso adquiere una firmeza específica si no es anulado en sede judicial o administrativa. La anulación expresa sí tiene aquí sentido. De todas formas, si la sentencia condena a la Administración a una conducta totalmente contraria al acto administrativo impugnado es porque está asumiendo que ese acto no es conforme a Derecho y que la Administración debe ignorarlo, de modo que la anulación expresa sigue siendo innecesaria<sup>35</sup>.

La nueva LJCA ha pretendido responder a esa diferencia dogmática entre actos administrativos y actuación material también en este punto, como lo ha hecho al regular dos clases de acciones o al establecer dos regímenes a propósito de la vía administrativa previa. De acuerdo con el artículo 71.1 a), la sentencia estimatoria sólo contendrá un pronunciamiento anulatorio cuando se haya impugnado un acto administrativo, no cuando se haya formulado recurso contra la inactividad administrativa. Sin embargo, varios problemas dificultan la operatividad de este esquema y acabarán conduciendo, a mi juicio, a una solución práctica como la alemana, solución que sería, además, la más conforme con nuestros propios hábitos forenses.

En primer lugar, ya ha habido ocasión de comprobar que, si se quiere evitar un resultado totalmente contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no se puede respetar estrictamente el texto de la LJCA y admitir pretensiones de condena dirigidas a la obtención de actuaciones administrativas materiales sólo en los estrechos límites del artículo 29. Muchas pretensiones cuyo objetivo es una actuación administrativa material (y no estrictamente un acto administrativo) deberán formularse al amparo del artículo 31.2, y por tanto en relación con un acto administrativo, si bien se tratará de un acto en sentido amplio, es decir, de una simple declaración administrativa utilizada para vincular la instancia. Por tanto, el fundamento dogmático que podría permitir que unas sentencias contuvieran pronunciamientos anulatorios y otras no (fundamento que es, como he dicho, el concepto de acto administrativo) desaparece o al menos queda bastante difuminado. Añádase que, como consecuencia de los más de cuarenta años de aplicación

35. En rigor, y apurando este punto de vista dogmático, sólo se pueden anular los actos administrativos en sentido estricto porque sólo ellos incumplen algún mandato jurídico cuando sus razonamientos son incorrectos. Si la Administración responde con una negativa a una reclamación previa al ejercicio de una acción civil, y posteriormente el Tribunal competente entiende que los argumentos invocados no son correctos y que la reclamación estaba justificada, no se puede decir que esa comunicación administrativa fuese ilegal, puesto que probablemente se cumplieron todos los requisitos formales prescritos para su producción. La mencionada comunicación administrativa no produce ninguna consecuencia jurídica respecto al particular (salvo la meramente procesal de abrir el plazo para presentar la demanda), por lo que entiendo que no se la puede calificar como ilegal. Sería lo mismo que decir que un dictamen de un órgano consultivo que defiende una opinión jurídica equivocada (o, simplemente, contraria a lo que después decide el Tribunal que conozca del caso) es ilegal o no se ajusta a Derecho. En cambio, cuando hablamos de un acto administrativo, resulta que los razonamientos jurídicos que realiza el órgano que lo emite no son inocuos, sino que funcionan como la base de la parte dispositiva del acto, que sí produce efectos jurídicamente vinculantes respecto a su destinatario. En caso de que la base jurídica del acto sea incorrecta, los efectos del mismo (en forma de mandato, ablación de derechos, perjuicio a intereses, etc.) carecerán de justificación jurídica y entonces sí tiene sentido decir que el acto es ilegal y plantear su anulación.

de la LJCA/1956, la distinción entre actos administrativos y simples respuestas negativas a las solicitudes de los particulares se ha hecho muy compleja, pues la práctica se ha acostumbrado a un concepto amplísimo de acto administrativo. A mi juicio, no se debe exigir sutilezas conceptuales a quienes acuden al contencioso-administrativo. Este orden jurisdiccional tiene ya los suficientes déficits de efectividad que deben ser mejorados y por tanto no debe incrementarse su complejidad sin una ganancia real en la calidad y eficacia de la tutela que proporciona a las partes. De ahí que, del mismo modo que un error en la calificación del recurso o en la vía elegida para formular la pretensión (arts. 29 ó 31.2) no debería conducir en ningún caso a la inadmisión, tampoco veo ningún problema en que los Jueces y Tribunales contencioso-administrativos, siguiendo el uso practicado hasta ahora, introduzcan en las sentencias de condena, como primer pronunciamiento de los fallos estimatorios, la anulación del acto impugnado o, en general, de la actuación administrativa (si la hay) que haya servido para vincular la instancia o, en el lenguaje de la Ley, para plantear «en relación con» ella la pretensión de condena.

**b) Las sentencias estimatorias que se limitan a anular el acto impugnado y a remitir el asunto nuevamente a la Administración.**

El problema de los pronunciamientos anulatorios, especialmente por vicios de forma («nulidad de actuaciones»), su justificación y su influencia sobre la efectividad de la tutela judicial ofrecida a los particulares, ha ocupado en numerosas ocasiones a la doctrina, sobre todo a partir de la conocida monografía de T.-R. FERNÁNDEZ sobre la doctrina de los vicios de orden público. Con frecuencia, las pretensiones deducidas frente a la Administración, ya se tratase de pretensiones de condena o de pretensiones anulatorias dirigidas contra actos administrativos de gravamen, se han visto frustradas no por sentencias estrictamente desestimatorias o de inadmisión, sino por sentencias que, advirtiendo algún vicio formal en el acto impugnado, lo anulan y remiten el asunto a la Administración al objeto de que vuelva a tramitar el procedimiento a partir del momento en que se produjo el vicio. Son sentencias que no se pronuncian sobre el fondo del asunto, y que por tanto no aclaran si el particular tiene derecho a la prestación que ha solicitado mediante su pretensión de condena, o si la Administración está facultada para, vicios procedimentales al margen, dictar el acto que ha dado lugar al proceso. Son sentencias que normalmente conducen a un nuevo proceso, ya que la Administración en la mayoría de los casos depurará el vicio formal que ha dado lugar a la nulidad de actuaciones pero no variará su posición de fondo, salvo que cambie de opinión y decida, en el nuevo procedimiento abierto para depurar el vicio formal, dar la razón al particular, o a no ser que sea el particular el que renuncie a su propósito inicial<sup>36</sup>.

---

36. Para ser fieles a la casuística administrativa, hay que tener en cuenta que en muchos casos el proceso no se vuelve a repetir porque el «cambio de opinión de la Administración» es más frecuente y comprensible de lo que puede parecer (piénsese en un relevo electoral del titular del órgano competente para adoptar la correspondiente decisión).

En este tema de la «nulidad de actuaciones», y de los pronunciamientos que deben contener las sentencias anulatorias, se mezclan dos perspectivas: la de la eficacia invalidante de los vicios formales y la de los pronunciamientos que deben contener las sentencias (deber de congruencia). Esto se puede comprobar comparando dos tesis, una favorable a que las sentencias puedan declarar la nulidad de actuaciones sin pronunciarse sobre el fondo del asunto (J. GONZÁLEZ PÉREZ) y otra contraria a ese resultado y que defiende que el órgano judicial debe resolver el fondo del asunto siempre que ello sea posible (T.-R. FERNÁNDEZ). Para el primero de estos autores, si se formula una pretensión de condena en relación con un acto administrativo, y dicho acto está afectado por un «vicio esencial de procedimiento», entonces la sentencia podrá limitarse a la anulación sin incurrir en incongruencia. Y ello incluso si el pronunciamiento sobre el fondo hubiese sido posible a pesar del vicio formal, pues este autor sostiene que la sentencia *puede* (es decir, no está obligada a ello), por economía procesal, ir más allá del pronunciamiento anulatorio y decidir la cuestión de fondo<sup>37</sup>.

Para T.-R. FERNÁNDEZ, este resultado (que es el de la vieja construcción jurisprudencial de los vicios de orden público) sería inaceptable por vulnerar el principio dispositivo y por conducir a una auténtica denegación de justicia al demandante. Pero el punto en el que presiona para corregir la doctrina tradicional es la eficacia invalidante de los vicios de forma y procedimiento. Su tesis, formulada como interpretación del actual artículo 63.2 LRJ-PAC, es que tales vicios sólo pueden dar lugar a la anulación del acto cuando impiden al órgano judicial verificar si éste es, en cuanto a su contenido, conforme a Derecho. En la medida en que los trámites procedimentales tienen una finalidad de tutela de los destinatarios del acto (trámite de audiencia, motivación, etc.), el déficit derivado de su vulneración queda compensado por la participación de esos particulares en el proceso judicial, por lo

La última formulación de la tesis de J. GONZÁLEZ PÉREZ está en sus *Comentarios*, cit., vol. II, pgs. 1324 y ss. Por un lado, si se han deducido pretensiones distintas de la anulatoria, la Sentencia no puede detenerse en la anulación del acto impugnado sino que debe ser congruente con las pretensiones (pgs. 1324-1325). «Ahora bien, incluso en estos supuestos, incluso cuando se hubiese formulado una pretensión no limitada a la anulación y se hubiese solicitado el resarcimiento, puede la Sentencia no contener pronunciamiento alguno sobre estas pretensiones sin incurrir en incongruencia. Así cuando, por ejemplo, aprecie la existencia de un vicio esencial de procedimiento que dé lugar a la “nulidad de actuaciones”, en cuyo caso la Sentencia deberá limitarse al pronunciamiento del apartado a)» [pg. 1325; se refiere al art. 71.1 a) LJCA]. No se trata de que la sentencia se limite a la anulación porque el vicio formal prive al órgano judicial de los elementos fácticos necesarios para pronunciarse sobre el fondo, sino que este último pronunciamiento queda a la discreción del juez: cuando la sentencia anule el acto «no por desconocer la situación jurídica individualizada, sino por infracción del Ordenamiento jurídico que podría fundar una pretensión de anulación –v. gr., incompetencia, vicio de forma– (...), se limitará a tal pronunciamiento de anulación –y, en su caso, a que se retrotraigan las actuaciones del procedimiento administrativo al momento inmediatamente anterior a aquel en que se cometió la infracción–, sin tener que hacer ningún otro de los que prevé este artículo, sin que ello suponga incurrir en incongruencia. Si bien, por razones de economía procesal, puede, pese a la infracción de las normas sobre procedimiento, examinar la cuestión propiamente de fondo. (...) Y, por supuesto, si se inició el proceso en los supuestos de silencio administrativo, ha de rechazarse el fallo que se limite a pronunciarse sobre la nulidad de actuaciones derivada de la omisión de trámites esenciales» (pg. 1327, la cursiva es mía).

que tales vicios devienen irrelevantes, meras irregularidades no invalidantes<sup>38</sup>. El órgano judicial ante el que se plantea una pretensión anulatoria (aisladamente o como presupuesto de una pretensión de condena) debe comprobar siempre en primer lugar si el acto impugnado se ajusta a Derecho en cuanto a su contenido. Si es materialmente correcto, se debe desestimar la pretensión anulatoria, a pesar de los eventuales vicios formales. Y si su contenido es contrario a Derecho, se debe anular por este motivo, dejando claro a la Administración que no puede volver a dictar el acto, es decir, que no puede corregir el procedimiento y obligar al destinatario del acto a iniciar un nuevo proceso. De esta forma se evitan los resultados a que conduce la construcción de J. GONZÁLEZ PÉREZ, puesto que la sentencia no puede escudarse en la concurrencia de un vicio formal para eludir pronunciarse sobre el fondo, sino que debe resolver este último siempre que sea posible. Como, además, los vicios formales sólo invalidan el acto administrativo, según esta tesis, cuando impidan al órgano judicial pronunciarse (en un sentido o en otro) sobre el fondo del asunto, nunca se va a producir la situación descrita por este último autor, es decir, que la sentencia anule el acto por vicios formales y no entre a examinar el fondo del asunto, o que lo haga sólo por razones de economía procesal, ya que, según la tesis de T.-R. FERNÁNDEZ, para apreciar la eficacia invalidante de un vicio formal es preciso ir al fondo del asunto y verificar si el contenido del acto es conforme a derecho o si esta indagación resulta imposible como consecuencia del vicio de forma. Esta modificación respecto a la doctrina tradicional de los vicios de orden público se introduce a través de una determinada tesis sobre la eficacia invalidante de los vicios formales, que es un tema distinto y en principio previo al de los pronunciamientos que deben contener las sentencias estimatorias.

La tesis de J. GONZÁLEZ PÉREZ, que es la formulación doctrinal de la jurisprudencia tradicional sobre los vicios de orden público (tal como ha evolucionado hasta hoy), es difícil de aceptar en algunos aspectos. En primer lugar, porque no parece defendible que los Jueces y Tribunales Contencioso-Administrativos decidan a voluntad (¿discrecionalmente?) si otorgan o no la tutela efectiva que solicita el demandante. Si éste formula una pretensión relativa al fondo del asunto, es decir, cuando pide que la sentencia se pronuncie sobre si la Administración tiene o no una determinada obligación, y el Tribunal tiene elementos de juicio suficientes para decidir sobre ella, ¿cómo se puede justificar que se abstenga de tal pronunciamiento y se limite a anular el acto impugnado por motivos formales? ¿En función de qué interés prevalente decidirá el Tribunal si concede o no al demandante la tutela judicial que constituye para él un auténtico derecho fundamental? Recordemos que no se trata sólo del principio de economía procesal, que de alguna manera es un principio objetivo dirigido a un mejor funcionamiento del sistema judicial en su conjunto, sino del respeto a un derecho fundamental (art. 24.1 CE), cuya posición ordinamental es muy distinta.

Por otro lado, la corrección que se hace a la teoría de la nulidad de actuaciones en el caso de los actos producidos por silencio negativo, siendo como es lógica

38. Vid. FERNÁNDEZ, T.-R.: *La doctrina*, cit., pgs. 155 y ss.

y correcta, pone de manifiesto la incoherencia de esa teoría en su conjunto. Cuando la Administración ha permanecido inactiva ante una solicitud del particular, y éste formula una pretensión de condena en relación con ese acto presunto, es claro que el enjuiciamiento sólo puede tener sentido si el Tribunal, haciendo abstracción de los «vicios formales» de esa decisión presunta [que serán todos, puesto que no se ha tramitado procedimiento alguno, por lo que como tal acto sería nulo de pleno derecho «ex» art. 62.1 e) LRJ-PAC], se dirige al fondo del asunto y condena a la Administración a resolver sobre la solicitud del particular o, si existen suficientes elementos para ello, a dictar un acto con un contenido determinado. Otra conclusión sería absurda, porque privaría de sentido una facultad recogida en la LJCA y en la LRJ-PAC, como es la de presentar recurso contencioso-administrativo en relación con una denegación presunta. Ahora bien, si la falta total y absoluta de procedimiento no exime al órgano judicial de pronunciarse sobre el fondo, sino que éste debe agotar las posibilidades de enjuiciamiento (completando, en su caso, el material aportado por las partes mediante el ejercicio de las facultades judiciales previstas en el art. 61 LJCA), ¿cómo aceptar que los vicios de procedimiento que se hayan producido en actos expresos sí den lugar a esa exención, cuando, por graves que sean, siempre lo serán menos que la omisión total del procedimiento?

La tesis defendida por T.-R. FERNÁNDEZ, la del carácter instrumental de los vicios formales, evita en buena medida estos resultados inaceptables, como he explicado más arriba<sup>39</sup>. Lo hace, sin embargo, no argumentando a partir del principio dispositivo o el derecho a la tutela judicial efectiva, sino apoyándose en una determinada construcción sobre la eficacia invalidante de los vicios formales, construcción que no ha sido unánimemente aceptada<sup>40</sup>. Puede ocurrir que el legislador haya establecido o establezca determinados trámites procedimentales cuya finalidad no sea pro-

39. En apoyo de esta teoría puede aportarse también el ejemplo del Derecho alemán, que en materia de vicios formales camina (hechas, por supuesto, las reservas y matizaciones oportunas) en la misma dirección, en el marco de las actuales reformas normativas de «aceleración» de los procedimientos («Verfahrensbeschleunigung»). Es muy significativa la reforma del §46 VwVfG mediante la Ley de Aceleración de los Procedimientos Administrativos en materia de Autorizaciones, de 12 de septiembre de 1996 (publicada en el BGBl, I, pgs. 1354 y ss.). Antes de la reforma, dicho precepto decía que no se podría solicitar la anulación del acto por vicios formales «cuando no se hubiera podido tomar ninguna otra decisión sobre el asunto», es decir, cuando el acto fuese reglado y su contenido fuese el único conforme a derecho. Tras la reforma, se dice que esa exclusión de la anulación se producirá «cuando sea manifiesto que la vulneración [de una norma de procedimiento] no ha influido sobre la decisión del asunto». La doctrina entiende que esta reforma extiende la aplicación del precepto (y por tanto la relativización de la eficacia invalidante de los vicios formales) a los actos discrecionales, es decir, a supuestos en que son posibles varias soluciones pero en los que es posible comprobar que el vicio formal no influyó en la decisión, de forma que la Administración hubiese adoptado la misma decisión incluso si no hubiese incurrido en esa infracción procedimental: vid. MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., §10.41 (pg. 255); BADURA, P., en ERICHSEN, H.-U. (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., §38.31, pg. 530 («el Derecho del procedimiento sirve al Derecho material y en principio una decisión administrativa materialmente correcta no debe ser anulada judicialmente por un vicio procedimental que no afecta a la corrección de su contenido»).

40. Tesis diferentes sobre la eficacia invalidante de los vicios formales pueden verse en BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid, 1994, esp. pgs. 115-116 y 120 y ss.



curar la legalidad material del acto administrativo, sino mejorar las posibilidades de tutela de determinados intereses públicos o privados. En estos casos, el vicio formal puede ser considerado relevante aunque no haya influido sobre el contenido del acto, pues dicho defecto formal o procedimental impide por sí mismo que se cumpla la finalidad de la norma, incluso si el acto es materialmente correcto<sup>41</sup>. No es seguro, por otro lado, que la eficacia invalidante de los vicios formales deba ser la misma en todo tipo de procedimientos: no es descabellado suponer que en el procedimiento sancionador, el expropiatorio u otros similares, el particular que sufre una intervención administrativa tan grave tiene un auténtico «derecho a las formas» que le permite obtener la anulación de todos los actos que se hayan dictado con vulneraciones relevantes de las garantías procedimentales, aunque su contenido en sí mismo no sea necesariamente ilegal<sup>42</sup>. Además, la tesis que se está comentando no nos dice qué debe hacer el órgano judicial con la pretensión de condena en los casos, pocos o muchos, en que anule el acto impugnado, y no lo dice porque no es una tesis que se centre en las pretensiones y su función, sino que desplaza el problema a la eficacia invalidante de los vicios de forma<sup>43</sup>. Por ambas razones (es decir, por ser discutible como teoría relativa a los vicios de forma y porque deja sin resolver el problema del contenido de las sentencias en los casos en que se haya producido un vicio formal invalidante), es preciso apurar aún más el estudio del problema, yendo más allá del punto de vista estricto de los vicios formales. Es decir, en lo que sigue intentaré mostrar qué tipo de pronunciamientos han de contener las sentencias que se dicten sobre el fondo de las pretensiones de condena *sin partir de una determinada concepción sobre la eficacia invalidante de los vicios de forma*, considerando que la respuesta a esta última cuestión es una «variable independiente» que no altera la solución al problema que aquí se plantea. Dicho de otra forma, la alternativa a la tesis de la «nulidad de actuaciones», tal como la

41. La doctrina alemana considera jurídicamente relevantes las vulneraciones de normas de procedimiento cuando, aunque no hayan influido sobre el contenido del acto, «la norma incumplida otorga a un tercero un derecho procedimental [de participación, de audiencia, de información] que deba ser observado en todo caso»: vid. BADURA, P., en ERICHSEN, H.-U. (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Hrsg.), cit., §38.31 (pg. 531). En estos casos, la norma de procedimiento no persigue únicamente la finalidad instrumental de procurar el acierto y legalidad de la decisión administrativa, sino que otorga un derecho a un sujeto determinado, lo que le apodera simultáneamente para impugnar el acto en caso de que en su elaboración se haya vulnerado ese derecho procedimental.
42. La idea del «derecho a las formas» ha sido subrayada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., vol. II, pg. 270, a propósito del procedimiento expropiatorio (con apoyo expreso en el art. 125 LEF), y se habla de formas «ad solemnitatem» en el procedimiento sancionador (pg. 183), aunque no se han derivado de estas ideas las posibles consecuencias en orden a una eficacia invalidante reforzada de los vicios de forma en casos como éstos.
43. Es más, la teoría comentada, que parte de que los vicios formales tienen una relevancia meramente instrumental respecto a la legalidad material del acto administrativo, da a entender que siempre que se produzca la anulación del acto impugnado por vicios de forma, habrá que remitir el asunto nuevamente a la Administración para que ésta decida nuevamente, porque según esa teoría la anulación por motivos formales procede precisamente cuando el vicio impida pronunciarse sobre la legalidad material del acto. Veremos en el Capítulo XII que es posible otorgar una tutela judicial más efectiva al particular incluso en aquellos casos en que no es posible decidir exactamente en vía judicial cuál es la obligación que pesa sobre la Administración y condenarla a dictar un acto concreto.

enuncia últimamente J. GONZÁLEZ PÉREZ, no consiste en una determinada tesis sobre la eficacia invalidante de los vicios de forma.

Para llevar a cabo este razonamiento, hay que partir de que, cuando se formula una pretensión de condena, la pretensión anulatoria que *en algunos casos* es necesario acumular a la misma al objeto de trabar la instancia y despejar el camino procesal hasta el examen de la pretensión de condena, es una pretensión accesoria e instrumental, que aisladamente carece de sentido. Algunos ordenamientos, como el alemán, han sido consecuentes con este hecho y han regulado acciones específicas de condena en las que no es necesario articular este tipo de pretensiones en relación con otras de tipo anulatorio. La LJCA/1998 va en esta dirección al regular el recurso contra la inactividad en el artículo 29, aunque las limitaciones de esta acción obligan a recurrir en muchos casos al tradicional recurso contra actos de los artículos 25 y 31.2<sup>44</sup>.

Cuando el demandante formula una pretensión de condena es porque sólo ésta tutela adecuadamente sus intereses o supone una satisfacción adecuada de sus derechos. La Sentencia de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3851) ha expresado exactamente esta idea diciendo que la pretensión de condena, en estos casos, «constituye la justificación subjetiva de la demanda»<sup>45</sup>. El demandante carece de legitimación para solicitar u obtener la simple anulación del acto impugnado, *a no ser que esa anulación equivalga de algún modo a una sentencia de condena o le acerque en alguna medida a la satisfacción de sus intereses*. A partir de estos postulados se puede intentar responder a las distintas situaciones que se pueden plantear.

Puede ocurrir que la Administración haya denegado la solicitud del particular mediante un acto aquejado de un vicio formal. Aunque considere que ese vicio es suficiente para justificar la anulación del acto, el órgano judicial debe examinar también el fondo de la pretensión de condena, puesto que no hay ninguna razón

44. Puede aportarse aún un argumento más en defensa de esta visión unitaria de las pretensiones de anulación y de condena (es decir, del carácter instrumental de la primera), y son los arts. 70 y 71.1 b) LJCA, que hablan de la estimación o desestimación globales del recurso contencioso-administrativo y de que, cuando se haya formulado una pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, la estimación del recurso llevará aparejado tal reconocimiento y la adopción de las medidas necesarias para su restablecimiento (Sentencia de condena). El tenor literal de estos preceptos obedece a una concepción ya superada del contencioso-administrativo, céntrica en la impugnación y revisión de actos y en la cual el recurso se estimaba o se desestimaba en función de la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, como he indicado ya más arriba. Sin embargo, interpretados desde la objetividad con que se debe aplicar cualquier norma jurídica [como explica brillantemente Hesse, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1995 (20ª ed.), núms. 196-197], es decir, abstracción hecha de la «voluntad legislatoris», tales normas subrayan el vínculo entre la pretensión de condena y la (implícita e instrumental) pretensión anulatoria previa, e impiden al órgano judicial utilizar esta última para dejar impregjudada la primera.

45. La sentencia no realiza esta afirmación para justificar una determinada consecuencia, sino de modo concesivo: ante la impugnación del acto autonómico que denegó la aprobación definitiva de un plan general municipal, y aunque la pretensión básica formulada por el recurrente era la de condena (a que se aprobara el plan tal como había sido aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento), el Tribunal concede un «minus» (la anulación del acto autonómico) porque la anulatoria es una pretensión implícita y porque también favorece los intereses del recurrente al dar lugar a un nuevo pronunciamiento administrativo sobre el fondo del asunto.

para suponer que la simple invalidez del acto administrativo previo impida en todo caso al Juez o Tribunal llegar a una conclusión, estimatoria o desestimatoria, sobre la pretensión deducida por el particular. Puede ocurrir que, sin perjuicio de la anulabilidad del acto impugnado, el Tribunal llegue a la conclusión de que la pretensión de condena debe ser desestimada porque la Administración no está obligada a realizar la pretensión que el demandante solicita. En este caso, y teniendo en cuenta que el acto impugnado es una mera denegación y por tanto sólo lesiona la esfera jurídica del demandante en la medida en que no le concede lo que éste solicita, lo procedente es que se desestime tanto la pretensión de condena como la pretensión (implícita) anulatoria, y esto último no porque el vicio que aqueja al acto sea una mera irregularidad no invalidante (lo que probablemente sea discutible en muchos casos), sino porque el demandante no ha pedido la anulación aislada del acto (sino que ha solicitado que se condene a la Administración) y además esa anulación no favorece sus intereses puesto que no le acerca a la obtención de la prestación administrativa solicitada<sup>46</sup>. El carácter subjetivo del contencioso-administrativo impide que se pronuncie una anulación que no afecta en absoluto a los intereses del demandante.

Por tanto, el hecho de que el órgano jurisdiccional detecte en el acto impugnado un vicio que justifique su anulación no le exime de verificar si está fundamentada la pretensión de condena ni le autoriza para anular, sin más, el acto impugnado. Por exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio dispositivo, hay que analizar también el fondo de la pretensión de condena y decidir en consecuencia sobre la anulación del acto impugnado. Procederá la anulación cuando se deba estimar la pretensión de condena en los términos planteados por el demandante, es decir, cuando la Administración esté obligada a dictar el acto o realizar la prestación solicitada (si bien en este caso la anulación del acto impugnado tendrá un escaso valor por sí misma, como se ha explicado en el apartado anterior). Y también cuando aún no sea posible determinar si la pretensión de condena debe ser estimada o desestimada, sino que es necesario que la Adminis-

46. Un ejemplo en la jurisprudencia alemana es la Sentencia de 14 de mayo de 1954 del OVG de Hamburgo, publicada en *MDR*, 8 (1954), pgs. 567-569, con nota de SIEVERING, F. B.: *In casu*, un particular había solicitado a la Administración demandada la autorización necesaria para hacer publicidad en las calles mediante altavoces. Se dictó una resolución denegatoria y poco después entró en vigor un reglamento sobre ruido que prohibió con carácter general el uso de altavoces en las calles, salvo unas pocas excepciones entre las que no se podía incluir la actividad proyectada por el particular. Después de la entrada en vigor del reglamento, el particular impugnó la resolución administrativa denegatoria, pero no dedujo ninguna pretensión de condena solicitando que se le autorizara a utilizar altavoces, ya que sabía que tal pretensión estaría condenada al fracaso. El Tribunal inadmitió también la pretensión impugnatoria, sin entrar a valorar siquiera si el acto impugnado se ajustaba al Derecho vigente en el momento en que fue dictado. «Toda demanda, incluida una acción impugnatoria, debe ser rechazada como inadmisibles cuando no esté al servicio de un interés jurídico del demandante. (...) De acuerdo con el contenido de su petición principal, éste se conforma con la anulación de la Resolución de 3 de septiembre de 1951 [la resolución administrativa denegatoria] y de la decisión por la que se desestimó el recurso administrativo. Pero el demandante no puede tener ningún interés jurídicamente protegido en este limitado resultado [limitado en comparación con una sentencia de condena]. Una sentencia anulatoria no le acercaría ni un paso a su objetivo final, es decir, hacer publicidad mediante altavoces» (pg. 567).

tración tramite nuevamente el procedimiento (eliminado el ilegal acto denegatorio previo) y dicte una decisión en la que valore todas las circunstancias relevantes para la concesión o denegación de la prestación solicitada por el particular. En este caso, la anulación lleva implícita una sentencia de condena; no la condena completa que solicita el demandante y que no deja a la Administración más opción que la de cumplir la prestación que le indica exactamente la sentencia, sino una condena a decidir nuevamente, ajustándose a aquellos parámetros que se hayan podido fijar en la sentencia a la luz de los datos obrantes en autos.

Este tema se ha estudiado en la doctrina española, al margen de la eficacia invalidante de los vicios de forma, a propósito de la actitud jurisprudencial en los casos en que el acto impugnado se haya negado a resolver sobre la solicitud del particular alegando la falta de algún requisito, y después en sede judicial se pone de manifiesto que ese motivo no es correcto. No hay acuerdo a la hora de decidir si la jurisprudencia mayoritaria se limita a anular el acto impugnado (posición que se considera demasiado cercana al principio revisor) o bien trasciende los motivos invocados por la Administración y estudia si la pretensión de condena se ajusta a Derecho. Mientras que, en 1976, T.-R. FERNÁNDEZ<sup>47</sup> daba cuenta de algunos casos en que el Tribunal Supremo, superando la rigidez del principio revisor, no se limitaba a anular la decisión administrativa denegatoria sino que pasaba a examinar el fondo del asunto aplicando normas y verificando requisitos no tenidos en cuenta por la Administración, la reciente investigación de J. R. FERNÁNDEZ TORRES considera que la actitud jurisprudencial mayoritaria sigue aplicando un esquema revisor, de tal forma que, una vez se detecta que la resolución administrativa denegatoria es ilegal, se devuelve al asunto a la Administración para que ésta examine la solicitud del particular desde los puntos de vista o presupuestos que no tuvo en cuenta en su anterior decisión<sup>48</sup>. Por su parte, J. GONZÁLEZ PÉREZ entiende que, en estos casos,

47. En «Sobre el carácter revisor», cit., T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ muestra varios ejemplos de Sentencias que, superando los límites del carácter revisor del contencioso-administrativo, van en esta línea y aprovechan un acto administrativo (aunque se haya limitado a desestimar la petición del particular por motivos formales) para vincular la instancia y discutir todo el fondo del asunto.

48. A ese tema se refiere FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora*, cit., pgs. 62-63, citando el artículo de CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «Carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa y las Sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto», de 1963, recogido ahora en sus *Estudios de Derecho Administrativo*. Madrid, 1992, pgs. 205-214. Lo normal es que los Tribunales se limiten a anular la resolución impugnada que haya denegado por motivos formales la solicitud del particular (aplicación del principio revisor). Esta era la postura defendida por GARCÍA TREVIJANO, J. A.: «Acotamiento cualitativo», cit., pg. 25: «hay un campo en que el concepto de "revisoriedad" debe aplicarse en toda su pureza, y es aquel en el que el acto administrativo ha recogido algún defecto procesal sin entrar en el fondo. (...) el Tribunal tan sólo puede conocer de esa concreta cuestión, y aun suponiendo que la resuelva en sentido favorable para el recurrente, debe remitir las actuaciones a la Administración para resolución final, no pudiendo entrar en el fondo». Entre las sentencias que sostienen que se puede decidir sobre el fondo del asunto cuando haya datos suficientes, aunque la Administración haya desestimado la solicitud del particular sin examinar la concurrencia de todos los presupuestos, se pueden citar las de 20 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7805) y 19 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9909).

los Tribunales no pueden limitarse a anular el acto impugnado, sino que deben resolver en la medida de lo posible sobre el fondo del asunto<sup>49</sup>.

En Derecho alemán, la respuesta a este problema está clara a partir del reconocimiento legal de las pretensiones de condena (y también, probablemente, porque se exige al demandante un derecho subjetivo en todo caso). Como se ha explicado «supra», cuando se formula una pretensión de este tipo lo que el Tribunal tiene que determinar es si el demandante tiene derecho a la actividad administrativa que solicita en su demanda. Esto ayuda a centrar el enjuiciamiento desde el primer momento en el demandante y en sus peticiones, y deja claro que la anulación de un acto administrativo, aunque puede ser necesaria o conveniente en algunos casos (cuando ese acto deniegue ilegalmente la petición del demandante o se niegue a examinarla alegando injustificadamente la ausencia de algún presupuesto previo), no satisface nunca por sí misma la pretensión formulada.

La Jurisprudencia alemana ha sostenido expresamente esta conclusión<sup>50</sup>. El derecho del particular a obtener una resolución administrativa fundada en Derecho cuando presenta una solicitud apoyada en algún precepto legal conlleva, en principio, la anulación de toda decisión administrativa que se niegue a examinar el fondo de esa pretensión alegando motivos carentes de justificación. Sin embargo, como en este caso lo que mueve al demandante es la obtención de una prestación concreta (que es, como dice la jurisprudencia española, «la justificación subjetiva de la demanda», respecto a la cual el derecho a obtener una resolución administrativa es puramente instrumental), el Tribunal debe examinar el fondo de la petición del particular, de forma que, si esa petición carece totalmente de fundamento, de tal modo que la única respuesta jurídicamente admisible a la misma es la denegación, se la debe desestimar en vía judicial sin necesidad de anular la decisión administrativa (ilegal) denegatoria<sup>51</sup>. Del mismo modo, el hecho

49. Defiende una opinión contraria GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. I, pg. 792: «Los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo examinarán la procedencia de la petición articulada ante la Administración, aun cuando ésta la hubiera rechazado, por apreciar la existencia de motivos que impidieran resolver el contenido sustancial de la petición que se le hubiese hecho». Se remite a las Sentencias de 29 de marzo de 1969 (RJ 1969, 1887) y 1 de febrero de 1971 (RJ 1971, 400).

50. Por ejemplo en la Sentencia del BVerwG de 12 de junio de 1958 (publicada en la colección oficial, BVerwGE, 7, pgs. 100-107). En aquel caso, la Administración se había pronunciado sobre el fondo en primera instancia y había dictado una resolución meramente formal de inadmisión en el recurso administrativo (pg. 105).

51. Es muy clara en esta línea la Sentencia del BVerwG de 28 de marzo de 1968 (publicada en la colección oficial BVerwGE, 29, pgs. 239-244), especialmente porque se dicta en una materia bastante especial (decisiones de las autoridades militares sobre cumplimiento del servicio militar obligatorio) en la que con anterioridad la jurisprudencia venía limitándose a la anulación de las decisiones denegatorias de solicitudes de los particulares. Frente a esta idea, se afirma que «la acción de condena [se refiere en este caso a la condena a que se dicte un acto administrativo, es decir, la “Verpflichtungsklage”] (...) es la forma adecuada también en asuntos relativos al servicio militar obligatorio en aquellos casos en que el objeto del conflicto no es un acto de gravamen, sino un acto que el sujeto obligado a realizar el servicio militar solicita, pero que la Administración ha denegado u omitido» (pg. 242). Por lo que respecta al pronunciamiento anulatorio, afirma que «cuando el ciudadano intenta hacer efectivo un derecho material que le concede el ordenamiento jurídico, en principio tiene derecho a una resolución, judicialmente revisable, sobre la solicitud que ha presentado para que se reconozca su derecho. (...) Sin

de que los argumentos invocados por la Administración para denegar la solicitud del particular sean insuficientes o incorrectos, no debe llevar inmediatamente a anular esa decisión administrativa, ordenando de algún modo a la Administración que examine la concurrencia de los demás presupuestos, positivos y negativos, de lo solicitado por el particular, sino que debe ser el órgano judicial quien lleve a cabo en principio ese examen, obligando a la Administración a dictar una decisión estimatoria cuando el Tribunal esté en condiciones de afirmar que la Administración está obligada a dictarla<sup>52</sup>. Los mismos principios pueden operar en contra del particular cuando éste formula una pretensión anulatoria contra un acto de gravamen, pues en ese caso la consecuencia es que, aunque el motivo alegado por la Administración para dictar el acto no se ajuste a Derecho, el Tribunal debe examinar la posible validez de ese acto *a partir de otros posibles fundamentos jurídicos*, y debe denegar la pretensión anulatoria si el acto puede sostenerse apoyado en algún motivo distinto del alegado por la Administración<sup>53</sup>.

embargo, el derecho a la resolución no es un fin en sí mismo, sino que se ordena al reconocimiento del derecho material. Por tanto, el Tribunal puede apreciar la inexistencia de ese derecho material y extraer consecuencias de ella, aunque lo solicitado en la demanda sea una resolución sobre la solicitud presentada. Si desde el principio consta que la solicitud no resuelta por la Administración no puede tener éxito en ningún caso porque el derecho material en que se apoya no existe, entonces la pretensión dirigida contra la inactividad administrativa no puede llevar, ni a que se suspenda el procedimiento para que la Administración resuelva expresamente [facultad reconocida al Tribunal en los casos de inactividad administrativa por el §75 VwGO, inciso 3º], ni a condenar a la Administración a que dicte una resolución (de contenido denegatorio). En tales casos la acción contra la inactividad debe ser desestimada» (pgs. 243-244).

52. Una buena explicación de esta regla se puede encontrar en la Sentencia del BVerwG de 2 de mayo de 1984 [publicada en NVwZ, 4 (1985), pgs. 35-36], relativa a la solicitud de una prestación social. A partir del principio inquisitivo (§86 VwGO), es decir, del deber del Tribunal de investigar de oficio todos los elementos fácticos y jurídicos que son presupuesto del derecho invocado por el demandante, «es en principio inadmisibile anular una resolución administrativa denegatoria reglada simplemente porque los motivos alegados por la Administración para justificarla son jurídicamente insostenibles, y remitir el asunto a la Administración para que examine y se pronuncie sobre todos los demás requisitos del derecho discutido en el proceso; el Tribunal está, más bien, obligado a llevar a cabo por sí mismo esas averiguaciones y pronunciamientos al objeto de resolver definitivamente el fondo del asunto» (pg. 36).
53. Se trata de la doctrina conocida como «Nachschieben von Gründen», cuyo ámbito y límites he estudiado en mi artículo «La motivación», cit., pg.109, nota 30. Un ejemplo jurisprudencial lo ofrece la Sentencia del BVerwG de 27 de enero de 1982 (publicada en la colección oficial BVerwGE, 64, pgs. 356-361). El demandante había impugnado una liquidación en la que se le ordenaba pagar una determinada cantidad en concepto de gastos de urbanización («Erschließungsbeitragsbescheid»). Tanto el Tribunal Administrativo (primera instancia) como el OVG (apelación), habían decidido que la liquidación debía ser anulada por apoyarse en unos cálculos erróneos. El BVerwG, en cambio, decidió que los órganos judiciales debían verificar si el acto podía apoyarse en otros posibles motivos o fundamentos jurídicos, y devolvió el asunto al OVG para que realizase esa comprobación (ya que el BVerwG cumple una función estrictamente casatoria y por tanto jurídica, no pudiendo entrar a valorar cuestiones de hecho). La «ratio decidendi» (pgs. 357-358) es que el §113.1 VwGO, que regula el contenido de la sentencia y los casos en que se debe anular el acto (es decir, cuando es ilegal y esa ilegalidad lesiona derechos del demandante), impone al Tribunal «la obligación de verificar, cuando se ejercita una acción de impugnación [“Anfechtungsklage”], si el acto impugnado es, en su conjunto (es decir, en todo el ámbito en que ha sido impugnado) conforme a derecho o ilegal, y por tanto si se debe estimar o desestimar la demanda en su totalidad». Ese deber exige, «en las liquidaciones tributarias que se limitan a declarar un deber tributario que ha sido establecido por el Derecho material, verificar todos los fundamentos jurídicos y fácticos que pueden justificar la liquidación recurrida. Ello incluye tener en cuenta también aquellos

Estas ideas están tan arraigadas y son ya tan elementales en la justicia administrativa alemana que apenas se encuentran hoy trabajos doctrinales sobre ellas. Es necesario remontarse a los momentos fundacionales del actual sistema (alrededor de la aprobación de la VwGO en 1960) para consultar explicaciones detalladas de las mismas. En 1962, O. GROSCHUPF se preguntaba cómo debe actuar el Tribunal administrativo si el procedimiento en que se ha dictado el acto impugnado está afectado por vicios formales, en un trabajo cuyas conclusiones son reveladoras de la identidad de los problemas con que se encuentran los distintos ordenamientos jurídicos continentales<sup>54</sup>. «Quien tiene que decidir si existe un derecho, se pregunta si concurren sus presupuestos, no cuál ha sido el comportamiento o el procedimiento del deudor»<sup>55</sup>. La simple anulación por motivos formales no soluciona la controversia, puesto que hace necesaria una nueva decisión administrativa<sup>56</sup>. El proceso tiene como misión principal proporcionar paz jurídica, y no puede cumplir esa función si no aclara completamente la cuestión, sino que deja la puerta abierta a nuevos procesos sobre la misma. Tanto la «Anfechtungsklage» como la «Verpflichtungsklage» tienen por objeto la aclaración definitiva de relaciones jurídicas controvertidas y no la discusión sobre un acto concreto. El órgano judicial debe colaborar en el logro de ese objetivo, empleando en cada caso las técnicas apropiadas: cuando se haya deducido una pretensión de condena y la Administración no haya examinado en el correspondiente procedimiento los distintos presupuestos de la solicitud presentada por el particular, habrá que proceder a ese examen en vía judicial (lo que se conoce en Derecho alemán como «Spruchreife herbeiführen» o llevar el asunto al estado de madurez que permita una sentencia sobre el fondo). En cambio, cuando se haya deducido una pretensión anulatoria contra un acto denegatorio que la Administración haya dictado invocando argumentos insuficientes, el órgano judicial deberá examinar el asunto desde todos los puntos de vista, teniendo en cuenta también argumentos no alegados por la Administración, antes de anular el acto (técnica que ya hemos examinado y que se denomina «Nachschieben von Gründen»)<sup>57</sup>.

Esta labor judicial de verificación de la conformidad a derecho del acto a partir de presupuestos jurídicos y fácticos del mismo no tenidos en cuenta por la

---

fundamentos jurídicos y fácticos que la autoridad administrativa no ha mencionado (expresamente) en la motivación de la resolución impugnada».

54. Vid. GROSCHUPF, O.: «Wie entscheidet das Verwaltungsgericht wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?», *DVBl*, 77 (1962), pgs. 627-634.

55. Vid. GROSCHUPF, O.: «Wie entscheidet das Verwaltungsgericht», cit., pg. 628: «Wer über einen Anspruch entscheiden soll, fragt nach dem Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen, nicht nach dem Verfahren oder Verhalten des Schuldners».

56. Vid. GROSCHUPF, O.: «Wie entscheidet das Verwaltungsgericht», cit., pg. 629.

57. Como he dicho antes, el planteamiento de este trabajo es una muestra importante de la identidad de los problemas que se plantean en los distintos sistemas continentales de justicia administrativa, porque sus ideas son las mismas que va a avanzar en España FERNÁNDEZ, T.-R.: *La doctrina*, cit. (instrumentalidad de los vicios formales; deber de alcanzar una decisión sobre el fondo cuando sea posible) y ahora en Francia WOEHRLING, J.-M.: «Vers la fin du recours pour excès de pouvoir?», *L'État de Droit. Mélanges Braibant*. Paris, 1995, pgs. 777-791, con su contraposición entre un contencioso dedicado a la revisión de actos y otro cuyo objetivo es el examen de relaciones jurídicas y de derechos y obligaciones entre las partes.

Administración al dictarlo, puede revelarse excesivamente compleja, sobre todo cuando el procedimiento de que se trate tenga una regulación muy amplia (como ocurrirá en el otorgamiento de autorizaciones que afecten a múltiples intereses, o cuando se requieran verificaciones técnicas). En estos casos, el órgano judicial se vería abocado a realizar una labor materialmente administrativa para la que no está adecuadamente preparado. Para estos supuestos, y pensando exclusivamente en las acciones de impugnación de actos administrativos («Anfechtungsklagen»), la Cuarta Ley de Reforma de la VwGO, de 17 de diciembre de 1990, añadió un nuevo apartado 3 al §113, que permite al Tribunal, «cuando considere necesarios nuevos actos de instrucción», limitarse a anular el acto impugnado, lo que permite a la Administración volver a tramitar el procedimiento, analizando todos los presupuestos fácticos y jurídicos del acto que pretende dictar. El Tribunal puede emitir también medidas cautelares para el período de tiempo que transcurre entre la anulación del acto impugnado y la (previsible, si bien no ordenada por el Tribunal) emisión de un nuevo acto administrativo que lo sustituya<sup>58</sup>.

En conclusión, cuando el demandante formula una pretensión de condena sólo se le puede responder con una sentencia meramente anulatoria en caso de que el órgano judicial no haya podido establecer mediante el ejercicio de sus potestades (art. 61 LJCA) si el demandante tiene o no derecho a la prestación administrativa (acto, reglamento, actuación material) solicitada. Si ha sido posible determinar que la Administración no tiene en absoluto la obligación en que el demandante apoya su pretensión de condena, esta última debe ser desestimada. La sentencia no debe anular el acto impugnado, ya que sería inútil y además el demandante carece de legitimación para formular aisladamente esa pretensión. Si ha sido posible determinar que la Administración está obligada jurídicamente a realizar aquello que le pide el demandante, debe ser estimada la pretensión de condena, y la anulación del acto impugnado será un pronunciamiento adjetivo, instrumental y en rigor innecesario. En aquellos casos no incluidos en ninguno de los dos anteriores supuestos, se anulará el acto impugnado (si es que la pretensión de condena se dedujo en relación con un acto administrativo), pero ello no supone en realidad una simple anulación, sino un pronunciamiento de condena a la Administración para que ésta resuelva nuevamente sobre la pretensión del particular y se pueda despejar definitivamente si tal pretensión está o no jurídicamente fundada. Tal sentencia puede contener, además de la declaración de que la anterior denegación administrativa no se ajustaba a Derecho, y de la condena (usualmente implícita, al menos hasta ahora) a que se resuelva nuevamente la pretensión del particular,

58. La Cuarta Ley de Reforma («Viertes VwGO-Änderungsgesetz») se publicó en el *BGBI*, I, pgs. 2809 y ss. Esta norma se aplica, como hemos visto, a la impugnación de actos de gravamen, cuando la fundamentación alegada por la Administración no es conforme a derecho y el Tribunal no puede determinar fácilmente si el acto podría haber sido dictado con base en otros argumentos. Sobre la aplicación de este precepto, vid. DEMMEL, A.: *Das Verfahren nach §113 Abs. 3 VwGO*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1997; KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.163-171, STELKENS, P.: «Das Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGOÄndG) -das Ende einer Reform?», *NVwZ*, 10 (1991), pgs. 209-219; KOPP, F. O.: «Änderungen der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1-1-1991», *NJW*, 44 (1991), pgs. 521-528.



algunos parámetros que la Administración debe tener en cuenta en esa nueva resolución. Se trata de lo que el Derecho alemán conoce como «Bescheidungsurteile» y aquí se puede traducir como «sentencia-marco», ya que, por las razones indicadas, contiene el programa a que se debe ajustar la futura actuación administrativa en relación con la pretensión del particular. Como ha quedado dicho hasta ahora, lo que lleva a adoptar este tipo de sentencias es la incapacidad del órgano judicial para llevar el asunto a un estado que permita dictar una sentencia (completamente) estimatoria o desestimatoria. Es lo que en Derecho alemán se conoce literalmente como «madurez para una decisión» («Spruchreife»)<sup>59</sup>. A esta figura y a este tipo de pronunciamientos me referiré en el próximo Capítulo.

**c) Las pretensiones de condena que se limitan a pedir la remisión del asunto a la Administración («isolierte Anfechtungsklagen»).**

En el epígrafe anterior se ha visto en detalle que los órganos judiciales contencioso-administrativos no pueden despachar las pretensiones de condena con simples sentencias anulatorias amparándose en los vicios formales del acto administrativo (denegatorio) impugnado, o en que tal acto no se ha pronunciado sobre todos los aspectos de la solicitud presentada, sino que deben examinar el fondo del asunto para intentar dictar una decisión estimatoria o desestimatoria sobre el mismo. Ahora bien: ¿qué ocurre cuando es el demandante el que, habiendo formulado una solicitud en vía administrativa y habiendo recibido una respuesta negativa, se limita a impugnar ese acto denegatorio y no formula una pretensión de condena? ¿Es admisible esa petición o debe ser rechazada por falta de interés legítimo (y menos aún de derecho material) a una simple sentencia desestimatoria que no otorga, al menos directamente, la prestación inicialmente solicitada a la Administración?

Este tema se ha estudiado en Derecho alemán bajo la denominación «isolierte Anfechtungsklage», es decir, la pretensión de impugnación (o sea, anulatoria), dirigida contra un acto administrativo cuyo único contenido es denegar expresamente una solicitud dirigida por un particular a la Administración, en la que le pide a ésta que dicte un determinado acto favorable (por ejemplo, una licencia). Se habla de acción impugnatoria «aislada» («isolierte») porque la demanda sólo pide la anulación del acto impugnado, pero no pretende también que se condene a la Administración a dictar ese acto que se solicitó en vía administrativa y cuya denegación es el origen del problema<sup>60</sup>.

59. El Proyecto de LJCA expresaba con bastante claridad esta idea en lo que iba a ser segundo párrafo del actual art. 71.2, párrafo suprimido presumiblemente por un prurito dogmático relativo a la discrecionalidad, aunque la supresión es perfectamente intrascendente desde el punto de vista institucional como se verá infra en el Capítulo XII.

60. Éste es el principal supuesto práctico de la «isolierte Anfechtungsklage», y el único si se acepta la definición propuesta por LAUBINGER, H.-W.: «Die isolierte Anfechtungsklage», *Festschrift Menger*, pgs. 443-459 (pgs. 444-445): «es una demanda en la que se pide la anulación de una decisión denegatoria, exactamente de una decisión que deniega la prestación solicitada por el demandante». En las páginas siguientes de ese trabajo, el autor da cuenta de otros supuestos, más o menos relacionados con éste y que otros autores incluyen también al tratar el problema:

Del repaso de los argumentos manejados por la doctrina (y reflejados constantemente en la jurisprudencia, cuya atención a las aportaciones doctrinales es realmente modélica) puede extraerse la conclusión de que en este problema las consideraciones «maximalistas» de la primera hora (el período inmediatamente posterior a la aprobación de la VwGO) han ido dejando paso a una visión más matizada del problema, de acuerdo con la cual no cabe dar al mismo una solución única, válida para todos los casos.

Una de las principales innovaciones de la VwGO fue precisamente, como se explicó en el Capítulo II, la «Verpflichtungsklage», acción que permite al demandante solicitar directamente al Tribunal que condene a la Administración demandada a dictar un acto administrativo determinado. Esta innovación rompía con la línea seguida por la normativa anterior, la cual, aunque admitía que la Administración pudiera ser condenada a dictar un acto (la tesis de habilitación de O. BACHOF, fundamental en la construcción de estas sentencias, es anterior a la VwGO), lo hacía bajo la forma de impugnación de un acto administrativo denegatorio o de la inactividad. De hecho, la exposición de motivos del proyecto de VwGO seguía partiendo de la idea de que el demandante tendría que formular, en primer lugar, una «Anfechtungsklage» contra el acto denegatorio, y después una «Verpflichtungsklage» para lograr que se condenase a la Administración a dictar el acto en el que estuviese interesado<sup>61</sup>. En los años siguientes, la doctrina se centró en la construcción técnica de la «Verpflichtungsklage» como una pretensión de condena, independizándola de la impugnación del acto denegatorio que, en su caso, hubiese podido dictar la Administración<sup>62</sup>. Especialmente MENDER y BETTERMANN se esforzaron por demostrar que la acción apropiada ante la denegación de un acto administrativo era la «Verpflichtungsklage», sin que fuese necesario solicitar también la anulación del acto denegatorio («Anfechtungsklage»). Ese rechazo a cualquier reacción impugnatoria contra los actos denegatorios llevó a considerar inadmisibles la «isolierte Anfechtungsklage»: cuando la Administración deniega una solicitud al particular, éste ni necesita impugnar por separado el acto denegatorio, ni puede limitarse a impugnarlo, sino que la única y suficiente reacción debe ser una pretensión de condena para que se declare que la Administración está obligada a dictar el acto solicitado<sup>63</sup>.

impugnación aislada de la resolución de un recurso administrativo («Widerspruchsbescheid»), impugnación de las cláusulas accidentales del acto («Nebenbestimmungen»), impugnación parcial de un acto administrativo, impugnación de un acto expreso de gravamen (no de un simple acto denegatorio) en lugar de deducir una pretensión de condena a la obtención de un acto favorable, o impugnación del acto de aprobación de un plan (por ejemplo, de aprobación del proyecto de construcción de una autovía) en lugar de formular una pretensión de condena para que se añadan al proyecto límites o cláusulas accidentales que protejan los intereses del recurrente. PIETZNER, R. y M. RONELLENFUSCH: *Das Assesorexamen*, cit., §9.15-17 (pgs. 98-99) defienden, por el contrario, el criterio amplio.

61. En el comentario al entonces art. §41, la Exposición de Motivos del Proyecto de VwGO («Bundestag-Drucksache», 3/55, pgs. 31 y ss.) da por supuesto que la denegación de un acto favorable es ella misma un acto administrativo que puede ser atacado mediante una acción impugnatoria («Anfechtungsklage»).

62. En la línea propugnada ya por BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pgs. 57-59.

63. Por lo que respecta a MENDER, C.-F.: vid. *System*, cit., pgs. 195 y ss., y la crónica de jurisprudencia

En esa fase relativamente embrionaria del sistema de justicia administrativa instaurado por la VwGO, los autores que defienden la «isolierte Anfechtungsklage» lo hacen para cubrir el papel que actualmente desempeña la «Bescheidungsklage» (que será estudiada en detalle en el capítulo siguiente). En síntesis, se trata de aquellos casos en que, a partir del enjuiciamiento del acto administrativo denegatorio, el órgano judicial puede llegar a la conclusión de que la denegación fue ilegal (por tener vicios formales, por haberse negado injustificadamente la Administración a resolver sobre el fondo de la solicitud del particular, por haber resuelto sobre él con base en argumentos incorrectos, etc.), pero no puede decidir si la Administración está obligada a dictar el acto solicitado por el particular, o bien porque ello depende de una decisión discrecional que la Administración aún no ha adoptado o bien porque se requieren determinadas valoraciones que ésta ha de llevar a cabo. En estos casos, la pretensión de condena («Verpflichtungsklage») no puede ser estimada completamente porque faltan los elementos de juicio necesarios para ello, y la sentencia se deberá limitar a condenar a la Administración a resolver de nuevo sobre la petición del particular, sin incurrir en los vicios de la primera decisión denegatoria y respetando las demás indicaciones sobre el fondo que pueda realizar el órgano judicial a la vista de los elementos que obran en los autos (es lo que he denominado sentencia-marco). Lo que proponían algunos autores favorables a la «isolierte Anfechtungsklage» era, pues, que, en aquellos casos en que el demandante ya fuese consciente de que el Tribunal no podría condenar a la Administración a dictar un acto determinado (por ejemplo, por tratarse de un acto discrecional), y que sólo podría conseguir la anulación del acto denegatorio e implícitamente la posibilidad de una nueva resolución administrativa sobre su solicitud, pudiese limitar, consecuentemente, el «petitum» de la demanda y solicitar únicamente la anulación del acto denegatorio<sup>64</sup>.

Ambos planteamientos del problema han sido superados en la doctrina posterior. El establecimiento de un sistema legal de acciones que permite a los ciudadanos formular pretensiones de condena frente a la Administración sin necesidad de impugnar previamente un acto denegatorio, no prohíbe a esos ciudadanos limitarse a solicitar la anulación del acto denegatorio si entienden que es lo más adecuado a sus intereses y si además concurren todos los presupuestos procesales de

---

«Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsakt», *VerwArch*, 54 (1963), pgs. 198-209 (pg. 202). En cuanto a BETTERMANN, K. A., vid. «Die Verpflichtungsklage», cit., pg. 649. Esta tesis fue seguida, entre otros, por el BVerwG en su Sentencia de 15 de diciembre de 1966, publicada en DVBl, 82 (1967), pgs. 857-858, y por el Verwaltungsgericht de Frankfurt en la Sentencia de 3 de julio de 1962, DVBl, 77 (1962), pg. 875.

64. Ésta es la idea defendida por MAETZEL, W. B.: «Die verwaltungsgerichtliche Anfechtung», cit. La «isolierte Anfechtungsklage» que él defiende sirve para provocar un nuevo pronunciamiento administrativo sobre la solicitud que fue anteriormente rechazada (pg. 398). Entiende que la acción puede estar justificada cuando cabe la posibilidad de que la Administración vaya a estimar la solicitud del particular al pronunciarse por segunda vez sobre el asunto, no cuando esté claro que la petición va a ser desestimada nuevamente. En el mismo sentido se pronuncia ENGELHARD, H.: «Anfechtungsklage-Vornahmeklage», cit., pg. 1378: el demandante debe limitarse a solicitar la anulación cuando la prestación solicitada (y denegada) sea de otorgamiento discrecional (lo que excluye la «Vornahmeklage»), pero la Administración la haya denegado invocando erróneos motivos de legalidad.

la pretensión. Lo contrario sería incompatible con el principio dispositivo, que es uno de los elementos básicos del sistema<sup>65</sup>. Por otro lado, el acto denegatorio se considera un auténtico acto administrativo que puede ser atacado mediante la «Anfechtungsklage» o acción impugnatoria, ya que no es una simple manifestación de la opinión que tenga la Administración sobre ese asunto, sino que tiene la eficacia propia de todos los actos administrativos y, si no es recurrido en plazo, pasa a impedir al particular presentar de nuevo su solicitud y aspirar a obtener una respuesta favorable<sup>66</sup>.

No existiendo ningún impedimento genérico al ejercicio de la «isolierte Anfechtungsklage», será admisible cuando reúna los requisitos exigidos con carácter general a las pretensiones, entre los que destaca en este caso la «necesidad de protección jurídica» o «Rechtsschutzbedürfnis». Se trata de un requisito procesal del ejercicio de todo tipo de acciones, distinto de la legitimación, según el cual sólo puede exigir la intervención de los Tribunales quien, además de estar legitimado, tenga un concreto interés en la acción que formula, lo que no se da, entre otros casos, cuando en realidad persigue fines ilícitos o cuando puede o hubiera podido tutelar de una forma más adecuada sus intereses a través de otro cauce procesal o jurídico<sup>67</sup>. Éste es, hoy, el principal obstáculo al ejercicio de la «isolierte Anfechtungsklage», y dada su naturaleza sólo se puede dar una respuesta afirmativa o negativa en cada caso concreto<sup>68</sup>.

65. En este sentido, LAUBINGER, H.-W.: «Die isolierte Anfechtungsklage», cit., pg. 453; KELLNER, H.: «Besinnung auf die Anfechtungsklage», cit., pg. 967.

66. En este sentido, LAUBINGER, H.-W.: «Die isolierte Anfechtungsklage», cit., pgs. 450-452, y con anterioridad SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pg. 838. Defiende la tesis contraria WEDEL, H. V.: «Zum Verhältnis», cit., para quien la eventual respuesta denegatoria a la solicitud del particular no es un acto, porque no tiene contenido dispositivo propio («Regelungsinhalt»), no puede llegar a producir «Rechtskraft» y no es un título ejecutivo. Para este autor, en un sistema correcto de justicia administrativa el centro son las necesidades de tutela jurídica de los particulares y no la inexistencia o ausencia de actos administrativos. Sólo debería ser admisible la «isolierte Anfechtungsklage» cuando el acto denegatorio contra el que ésta se dirige tenga un contenido propio que vaya más allá del rechazo de la solicitud del particular o produzca efectos jurídicos específicos, como ocurre en el ejemplo que pone, tomado del Derecho de extranjería, en el que la desestimación de la solicitud de un permiso de residencia impide también al solicitante permanecer en el territorio alemán mientras se resuelve su petición de asilo.

67. La exigencia de «necesidad de protección jurídica» pretende favorecer la economía procesal y proteger a los ciudadanos frente a demandas injustificadas, es decir, que no pueden proporcionar al demandante la satisfacción de un interés digno de tutela (de ahí que se apoye también la exigencia de «necesidad de protección jurídica» en el principio general de buena fe o «Treu und Glauben»). Sobre la misma, vid. PIETZNER, R. y M. RONLENNITSCHE: *Das Assessorexamen*, cit., pgs. 193 y ss. (§18), HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §23.10 y ss. Vid. también la nota 95 del Capítulo II.

68. La Sentencia del BVerwG de 7 de septiembre de 1987 [publicada en DÖV, 41 (1988), pgs. 128-129] constituye un ejemplo de este modo de razonamiento judicial. Un sujeto solicitó su reconocimiento como objetor de conciencia y la Administración inadmitió su solicitud sin llegar a examinar todos sus presupuestos materiales. El destinatario de esta resolución negativa se limitó a impugnarla («Anfechtungsklage»), pero sin solicitar simultáneamente que el Tribunal se pronunciase sobre la cuestión de fondo, sobre su derecho a ser reconocido como objetor («ergänzte Anfechtungsklage»), y la sentencia desestima la demanda por falta de «Rechtsschutzbedürfnis», puesto que la «ergänzte Anfechtungsklage» habría permitido al demandante acercarse más a su auténtico objetivo (ser reconocido como objetor de conciencia) y además la Sentencia simplemente anulatoria no favorecía ningún interés suyo que no hubiese

Cuando el demandante formula una pretensión anulatoria contra un acto de gravamen o una pretensión de condena contra un acto denegatorio, se presume que tiene «necesidad de protección jurídica». En cambio, cuando deduce una pretensión declarativa («Feststellungsklage») o cuando, frente a un acto administrativo denegatorio, se limita a solicitar su anulación sin pedir también que se condene a la Administración a dictar un acto estimatorio de su solicitud («isolierte Anfechtungsklage»), el demandante debe acreditar la «necesidad de protección jurídica», ya que estas acciones, abstractamente consideradas, no satisfacen por sí mismas directamente ningún interés del demandante<sup>69</sup>.

En la doctrina se han apuntado varias situaciones en que la «isolierte Anfechtungsklage» satisface una efectiva «necesidad de protección jurídica» del demandante. Así, cuando, en el momento de la interposición de la demanda, éste ya no está interesado en el acto administrativo que anteriormente solicitó (por ejemplo, una licencia urbanística), pero a su vez quiere obtener la anulación del acto impugnado para evitar que quede firme (en la terminología alemana, que adquiera «Bestandskraft») y que en el futuro le impida obtener la licencia si presenta una nueva solicitud<sup>70</sup>. También estaría justificada la pretensión aislada de anulación ante ciertos actos administrativos denegatorios en los que la Administración haya rechazado la solicitud presentada por el particular alegando algún impedimento legal (de forma o de fondo) y no haya examinado todos los presupuestos del acto solicitado (por ejemplo, una autorización o licencia). En estos casos, si el demandante formulase una pretensión de condena en forma de «Verpflichtungsklage», el Tribunal no se limitaría a verificar si son correctos los motivos alegados por la Administración para denegar la solicitud, sino que tendría que examinar también si se dan todos los demás requisitos del acto solicitado por el particular<sup>71</sup>. En este tipo de situaciones, puede ocurrir que el demandante quiera que se declare judicialmente que los motivos alegados por la Administración para denegar su solicitud no se ajustan a Derecho, pero en cambio no esté interesado en que el proceso se extienda al enjuiciamiento de todos los presupuestos de su solicitud, por no estar seguro del éxito de ese enjuiciamiento y confiar en cambio en que la Administración, una vez anulado el acto denegatorio, no va a volver a rechazar su petición

---

podido ser tutelado también (o mejor) mediante una sentencia que se pronunciase sobre el fondo del problema. Había apuntado ya esta idea WEYREUTHER, F.: «Zur Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen ablehnenden Bescheid», *DVBl*, 71 (1956), pgs. 633-636.

69. En este sentido, LAUBINGER, H.-U.: «Die isolierte Anfechtungsklage», cit., pg. 455; PIETZNER y M. RONELLENFITSCH: *Das Assessorexamen*, cit., pgs. 194 y ss.

70. Mencionan este supuesto como ejemplo de que la «isolierte Anfechtungsklage» puede satisfacer una necesidad de protección jurídica del demandante LAUBINGER, H.-W.: «Die isolierte Anfechtungsklage», cit., pg. 456; HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, §14.20 (pg. 250); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §42.30 (pgs. 314-315).

71. Así, por ejemplo, cuando se solicita una beca que exige una serie de elementos estrictamente reglados (edad y titulación del solicitante) y además la valoración de diversos conceptos indeterminados (interés del proyecto presentado, etc.), ante una pretensión de condena el Tribunal no sólo revisaría el motivo alegado por la Administración (falta de titulación académica, por ejemplo), sino que tendría que entrar a examinar también otros elementos necesarios para la obtención de ese acto y no examinados hasta ese momento, lo que amplía considerablemente el objeto del proceso respecto a una simple pretensión anulatoria.

alegando nuevos impedimentos. Aquí la «isolierte Anfechtungsklage» permite reducir el objeto del proceso y adaptarlo a los intereses del demandante<sup>72</sup>. Otros casos de «necesidad de protección jurídica» en la «isolierte Anfechtungsklage» son más discutidos. Así ocurre cuando la Administración deniega el otorgamiento de una licencia y antes de que el solicitante impugne el acto denegatorio se aprueba una norma que prohíbe completamente la actividad para la que se había solicitado licencia, lo que deja completamente claro que, fuese legal o ilegal la denegación anterior, el particular ya no puede aspirar a obtener licencia. Aunque una eventual pretensión de condena estaría abocada al fracaso, se ha defendido la posibilidad de deducir una «isolierte Anfechtungsklage» para obtener una sentencia que declare la ilegalidad del acto denegatorio anterior y poder formular en vía civil una pretensión indemnizatoria en concepto de responsabilidad extracontractual («Amtshaftung»)<sup>73</sup>. En aquellos casos en que la decisión de dictar o no el acto solicitado por el particular contenga elementos discrecionales y esa discrecionalidad no haya quedado agotada con el acto denegatorio, es relativamente irrelevante que se formule una pretensión de condena o anulatoria, pues el órgano judicial no podrá pronunciarse sobre el fondo de la pretensión de condena en ningún caso, sino que deberá limitarse, si el acto denegatorio es ilegal, a anularlo y remitir el asunto a la Administración para que decida nuevamente mediante un acto discrecional, controlable en su caso judicialmente «a posteriori»<sup>74</sup>.

72. Ha insistido en este argumento KELLNER, H.: «Besinnung auf die Anfechtungsklage», cit., pg. 967. En contra, K. A. BETTERMANN en la nota a la Sentencia del BVerwG de 30 de abril de 1971, DVBl (1973), pg. 377, donde afirma que cuando el demandante formula una acción impugnatoria del acto denegatorio, en lugar de una pretensión de condena al otorgamiento del acto solicitado, el objeto del proceso no se reduce (frente a la tesis de H. KELLNER), puesto que sólo se estimará la demanda y se anulará el acto denegatorio cuando, además de no ajustarse a Derecho los motivos alegados por la Administración, no sea posible bajo ningún fundamento dictar un acto denegatorio, lo que exige valorar todos los presupuestos de la solicitud (que son otras tantas posibles causas de denegación de la misma), del mismo modo que se haría ante una pretensión de condena.
73. La Sentencia del OVG de Hamburgo de 14 de mayo de 1954, publicada en MDR, 8 (1954), pgs. 567-569, con nota de F. B. SIEVEKING, rechaza este argumento. Un particular había solicitado autorización para realizar publicidad en las calles utilizando altavoces y la Administración había denegado la licencia. Con posterioridad, se aprobó un reglamento de protección contra el ruido que prohibió la utilización de altavoces con fines publicitarios. Formulada la «isolierte Anfechtungsklage» como preparación de una futura demanda de responsabilidad patrimonial, el Tribunal la rechazó alegando que «aunque el éxito de la acción de responsabilidad civil depende entre otras cosas, según el §839 BGB, de que el funcionario haya actuado ilegalmente, debe ser el juez civil el que lo decida». Insiste en este argumento KELLNER, H.: «Besinnung auf die Anfechtungsklage», cit., pg. 969. Por el contrario, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: VwGO, §42.30 (pg. 315), entienden que en este caso el demandante no puede pretender la anulación del acto denegatorio porque carece de interés (necesidad de protección jurídica), aunque sí puede solicitar una sentencia declarativa de la ilegalidad del acto denegatorio, aplicando analógicamente el §113.1 VwGO, que autoriza esa pretensión declarativa cuando el demandante haya impugnado un acto, a su vez el acto haya sido anulado o revocado por la Administración antes de que se dicte sentencia y el demandante tenga un interés específico en que se declare que el acto era ilegal desde el momento en que fue dictado.
74. Así, según LAUBINGER, H.-W.: «Die isolierte Anfechtungsklage», cit., pg. 456, «en los casos en que el asunto no está maduro para una resolución sobre el fondo (§113.4, inciso 2º, de la VwGO), el demandante obtiene con la «isolierte Anfechtungsklage» prácticamente lo mismo que mediante la pretensión de condena (en forma de «Bescheidungsklage»)». En el mismo sentido, KELLNER, H.: «Besinnung auf die Anfechtungsklage», cit., pg. 965.

La que puede considerarse última tesis sobre el problema, la formulada por H.-W. LAUBINGER, supera esta perspectiva en la que se discute en cada caso si la mera anulación satisface algún interés del demandante, y reconoce un ámbito más amplio a la «isolierte Anfechtungsklage» apoyándose en un elemento básico del sistema de justicia administrativa: su carácter subjetivo y por tanto la libertad y responsabilidad del demandante a la hora de formular las pretensiones. El particular puede limitarse a solicitar la anulación del acto denegatorio mediante una «isolierte Anfechtungsklage», sin deducir también una pretensión de condena, sin que se le discuta en ese momento la «necesidad de protección jurídica». Lo que no podrá hacer será, después, formular una pretensión de condena si el Tribunal anula el acto impugnado y sin embargo la Administración sigue sin estimar su solicitud. Y ello porque, al deducir en primer lugar una simple acción impugnatoria en lugar de una acción de condena, hizo una opción a favor de la primera y dejó que precluyeran sus posibilidades de formular la pretensión de condena. Uno de los casos más claros de falta de «necesidad de protección jurídica» es justamente éste: que el demandante plantee una determinada acción (en este caso, de condena) que no habría sido necesaria si en otro momento anterior hubiese formulado correctamente su petición (es decir, si ante el primer acto denegatorio hubiese deducido una pretensión de condena en lugar de limitarse a impugnarlo)<sup>75</sup>.

En Derecho español, este problema ha estado oculto hasta ahora, en muchos casos, por una necesidad mucho más elemental: evitar que los órganos judiciales redujesen, «contra legem», las pretensiones de condena a simples pretensiones anulatorias, aprovechando que las primeras habían de deducirse en todo caso en relación con un acto administrativo cuya anulación había de ser siempre el primer término del suplico<sup>76</sup>. Los términos del problema son, en todo caso, los mismos que

Con todo, la semejanza entre ambos esquemas procesales no es total, y conviene tener esto en cuenta. Cuando se formula una simple pretensión anulatoria, el órgano judicial examinará el acto no sólo a partir de los argumentos invocados por la Administración para denegar la solicitud presentada, sino que (en caso de que tales argumentos sean insuficientes o erróneos) tendrá en cuenta otras posibles bases jurídicas que justifiquen una resolución denegatoria. En este sentido, y de acuerdo con la tesis de K. A. BETTERMANN la deducción de una simple pretensión anulatoria contra el acto denegatorio no reduce significativamente el objeto del proceso. Sin embargo, la sentencia que se dicte en este caso, si es estimatoria, se limitará a anular el acto (denegatorio) impugnado. Todo lo más, de la misma se deducirá una obligación a cargo de la Administración de resolver nuevamente sobre la solicitud del particular. Si se hubiese formulado, por el contrario, una pretensión de condena, el órgano judicial no habría podido resolver completamente sobre el fondo y condenar a la Administración a dictar el acto solicitado o un acto concreto (pues ésta es la hipótesis que estamos estudiando), pero habría incluido en el fallo parámetros de contenido y de forma a los que se tendría que ajustar la Administración al volver a decidir sobre el asunto (conceder audiencia a ciertos sujetos cuyo derecho a ello se hubiera discutido, conceder al menos una determinada cuantía indemnizatoria, descartar uno de los trazados de autovía sometidos a examen, etc.). Algunos de estos parámetros podrían también deducirse de los fundamentos de derecho en una sentencia anulatoria (pues ésta incluye siempre un determinado componente declarativo), pero la eficacia jurídica y sobre todo práctica de la cosa juzgada sería mucho menor.

75. Vid. LAUBINGER, H.-W.: «Die isolierte Anfechtungsklage», cit., pgs. 457-458.

76. GARCÍA-TREVIANO, J. A.: «Acotamiento cualitativo», cit., pg. 15, nota 8, admitía sin ningún problema que el demandante limitase su demanda a la anulación aun estando legitimado para formular una pretensión de condena, considerándose ese proceder una «autodegradación por parte del recurrente perfectamente lícita». En cambio, la Sentencia de 13 de julio de 1996 (RJ

en Derecho alemán, derivados básicamente del principio dispositivo y del carácter subjetivo del contencioso-administrativo. El particular puede limitarse a solicitar la anulación de un acto administrativo que deniegue una solicitud suya, sin deducir simultáneamente una pretensión de condena. Eso no quiere decir que el acto deba ser anulado siempre que los motivos invocados por la Administración para justificarlo sean erróneos o insuficientes, es decir, sin tener en cuenta si la Administración estaba obligada o no a dictar el acto solicitado por el particular. El órgano judicial deberá verificar también, a instancia del demandado o de oficio, si existen otros posibles motivos que justifiquen una resolución denegatoria. En este sentido, optar por una u otra manera de formular las pretensiones no tiene consecuencias demasiado significativas, y tendrá sentido sobre todo en aquellos casos en que el particular ya no esté interesado en que se dicte el acto que en su momento solicitó a la Administración, pero desee evitar que adquiera firmeza el acto denegatorio.

Lo que es necesario evitar, y aquí conecto con un tema que se desarrollará especialmente en el próximo capítulo, es que el demandante se vea obligado a limitarse a una pretensión anulatoria en los casos en que, por existir elementos discrecionales en la decisión administrativa solicitada o por otros motivos, sea previsible que el órgano judicial no va a poder resolver sobre el fondo, es decir, no va a poder decidir si la Administración está obligada exactamente a dictar el acto solicitado por el particular sino que más bien la condenará a decidir nuevamente, de forma ajustada a derecho, y reconociéndole un margen, delimitado por la propia sentencia (sentencia-marco) en el que cabe el acto solicitado por el demandante pero también otros distintos.

---

1996, 6292) deniega implícitamente al demandante la facultad de reducir su pretensión a que se condene a la Administración a resolver expresamente un recurso de reposición inadmitido, ya que rechaza que la sentencia recurrida haya producido indefensión o incurrido en incongruencia por haber ido más allá de la pretensión y haber resuelto sobre el fondo de la cuestión planteada: «El que el ahora apelante recondujese su demanda, según el tenor de su fundamentación y de su suplico, a la controversia exclusiva de si el recurso de reposición fue interpuesto, o no, dentro del plazo normativamente establecido, dejando para un posterior acuerdo administrativo (y un ulterior y potencial, en su caso, recurso contencioso-administrativo) el análisis de las cuestiones de fondo de las que hemos hecho mención, no empee, en absoluto, para que la sentencia de instancia, una vez dilucidado –en pro de la tesis del recurrente– el tema formal de la aparente extemporaneidad de la reposición, entrase a conocer y a resolver tales cuestiones materiales, de acuerdo, congruentemente, con lo planteado en dicha reposición y con lo que era el objeto dialéctico en la impugnación formalizada en la vía administrativa, porque esta actitud procedimental y procesal no es más que la plasmación, en cumplimiento del principio de «economía procesal», de lo que, a tal efecto, ha venido declarando la Jurisprudencia de esta Sala, en evitación de reiteraciones y de posibles retrasos liquidatorios intencionadamente promovidos –dicho con carácter genérico– por los obligados tributarios».



## La sentencia (II): las diversas clases de pronunciamientos de condena

### 1. ¿SENTENCIA DE CONDENA O SENTENCIA SUSTITUTIVA/CONSTITUTIVA?

Una vez estudiados en el capítulo anterior los supuestos en que la pretensión de condena es inadmitida o desestimada, o bien en que la sentencia se limita a anular el acto en relación con el cual se dedujo la pretensión, procede pasar ahora al análisis de los pronunciamientos de condena, que son el auténtico objetivo de este tipo de pretensiones.

La LJCA es muy parca al respecto. La admisión de esta clase de fallos se deduce de una interpretación sistemática de los preceptos relativos al objeto del recurso y a las pretensiones (arts. 29, 31 y 32), así como del artículo 71.1 *b)*, que dispone: «Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, [la sentencia] reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma». Por tanto, no existe un precepto que autorice expresamente a los Tribunales contencioso-administrativos a dictar sentencias de condena contra las Administraciones Públicas, lo que tal vez no habría estado de más, como parte del esfuerzo de clarificación que ha emprendido la Ley (según se afirma en la Exposición de Motivos) distinguiendo en sus diversos elementos las pretensiones de condena respecto a las anulatorias. De todas formas, la LJCA alude indirectamente a las sentencias de condena. Por un lado, en el artículo 32, al decir que «[c]uando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública (...) el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que *condene* a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas». Por otro lado, y también incidentalmente, en el artículo 71.1 *c)*, al disponer que «[s]i la medida [adoptada por el órgano judicial para el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, de acuerdo con el art. 71.1 *b)*] consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo»<sup>1</sup>.

---

1. También puede considerarse como una alusión a las sentencias de condena, que al menos da por supuesta su licitud en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la regulación de las sen-

La redacción del artículo 71.1, en algunos aspectos, sólo puede ser calificada como errónea, ya que intenta regular los distintos pronunciamientos de la sentencia a partir de las diferentes pretensiones que pueden haberse formulado y sin embargo olvida dos de las pretensiones reguladas anteriormente en el Título III, el recurso contra la inactividad y la vía de hecho. Y si no las olvida, las integra de forma muy defectuosa, como intentaré mostrar a continuación. Los apartados *a)* y *b)* del artículo 71 proceden de la LJCA/1956, en la que tenían pleno sentido al corresponderse con las dos pretensiones admisibles: anulatoria y «de plena jurisdicción». En éste como en tantos aspectos, la LJCA/1998 ha pretendido superar ese esquema (tarea ciertamente necesaria) pero se ha quedado a medio camino. En lugar de regular en dos nuevos apartados, *c)* y *d)*, los pronunciamientos característicos de las sentencias estimatorias en procesos dirigidos contra la inactividad administrativa o la vía de hecho, la Ley considera que esos pronunciamientos ya están incluidos en las cláusulas generales de los apartados *a)* y *b)* y se limita a aclarar un aspecto concreto, el plazo para cumplir las sentencias de condena, aspecto que es, desde un punto de vista sistemático, totalmente instrumental<sup>2</sup>.

Considerando insuficiente el sistema de acciones de la LJCA/1956, la nueva Ley regula expresamente el recurso contra la inactividad (art. 29) y las pretensiones que en el mismo se pueden deducir (art. 32), entendiendo que es mejor no canalizar ni el primero ni las segundas a través del recurso contra actos (art. 25.1) y de sus pretensiones características (art. 31), que son, como es sabido, la anulación y, en su caso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para su pleno reconocimiento. Sin embargo, a la hora de regular el contenido de la sentencia (art. 71), parece que todos los pronunciamientos de las sentencias de condena se encierran en la fórmula «reconoci-

---

tencias que condenan a la Administración a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la aplicación del acto anulado [art. 71.1 *d)*].

2. Como he venido diciendo hasta ahora, el ap. *c)* del art. 71.1 parte de la base de que los pronunciamientos de condena (ya consistan en «la emisión de un acto» o en «la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria») están incluidos en el apartado *b)*, es decir, son medidas dirigidas al restablecimiento de una situación jurídica individualizada, aunque esta expresión sólo se utiliza en el art. 31.2 y los pronunciamientos de condena pueden obedecer también a la estimación de un recurso contra la inactividad o contra la vía de hecho (art. 32). También se ha utilizado el ap. *a)*, referido básicamente a los pronunciamientos anulatorios, para regular de algún modo las sentencias que se dicten en procesos relativos a la inactividad o a la vía de hecho. Este apartado dispone que la sentencia estimatoria «[d]eclarará no ser conforme a derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido [hasta aquí es una reproducción del art. 84 *a)* de la LJCA/1956] o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada». Este último inciso sigue la tónica de otros preceptos, como el art. 70, en los que, habiéndose ampliado el catálogo de actuaciones administrativas impugnables a la inactividad y la vía de hecho, se hace referencia a ellas (al menos al concepto genérico de «actuación») siempre que se alude de alguna manera al acto administrativo. Al hablar de cese o modificación de la actuación impugnada, parece que se hace referencia a la vía de hecho (arts. 30 y 32). De todas formas, también podría entenderse que el concepto legal de «actuación» incluye también a la inactividad, y que por tanto las Sentencias estimatorias tendrán dos fases: declaración de que la anterior inactividad es contraria a Derecho y condena a la realización de la actuación ilegalmente omitida. Ante estas indefiniciones legales, no queda otra alternativa que remitir a los principios institucionales de los que se deriva la función de las actuaciones administrativas previas en los procesos relativos a la inactividad o a pretensiones de condena, y que he tratado de explicar supra, en el epígrafe XI.1.

miento de una situación jurídica individualizada y adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento», de forma que lo único que se debe concretar respecto a ese fondo común es el problema del plazo para llevar a cabo la prestación o dictar el acto que se haya ordenado en la sentencia [art. 71.1 c)].

Esta falta de coordinación entre los preceptos relativos al objeto del recurso y a las pretensiones, por un lado, y la regulación de la sentencia, por otro, no es una simple falta de técnica sin mayor importancia (aunque la buena técnica normativa es ciertamente exigible, al menos en cuerpos legales de la importancia y, en principio, permanencia, de la LJCA), sino que hace que la interpretación gramatical de la norma arroje resultados inadmisibles.

Así, al encajarse todos los pronunciamientos de las sentencias de condena en el artículo 71.1 b) (reconocimiento de situaciones jurídicas subjetivas del demandante), parece que sólo se podrá condenar a la Administración cuando el demandante tenga un derecho subjetivo a una concreta actuación administrativa. Ésa es, como ya he recordado, la perspectiva del recurso contra la inactividad (art. 29), pero del conjunto de la LJCA, interpretada sistemáticamente y de conformidad con la CE, se desprende que también desde una posición de interés legítimo se puede demandar en vía contencioso-administrativa que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones. El centro de las sentencias de condena son las obligaciones incumplidas por la Administración, y por tanto la conducta que ésta debe realizar, y no parece correcto expresar esta idea de forma indirecta, convirtiendo esas obligaciones en «medidas necesarias para el restablecimiento de una situación jurídica individualizada». Es cierto que este modo de regular los pronunciamientos de las sentencias de condena no impide a los órganos jurisdiccionales dictarlas (como tampoco lo hacía su canalización a través de recursos impugnatorios en la LJCA/1956), pero en este tema toda complejidad innecesaria lleva a la jurisprudencia a eludir los pronunciamientos incómodos, a ceñirse a la anulación del acto impugnado y a exigir al demandante un derecho subjetivo estricto (como demuestra nuevamente la experiencia de la aplicación de la LJCA/1956).

Además, el tenor literal del artículo 71.1 da a entender que, en lugar de condenarse a la Administración a dictar un acto o realizar una actuación determinada, es el Juzgado o Tribunal sentenciador el que los lleva a cabo. En efecto: el apartado 1 b) dice la sentencia «adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento» de la situación jurídica individualizada, y el apartado 1 c) regula el supuesto de que «la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria». Pero esta conclusión se ve desmentida por el mismo precepto, cuando dice que la sentencia puede «establecer plazo para que se cumpla el fallo», ya que ello significa que es la Administración quien debe dictar el acto, en lugar de ser éste una «medida» adoptada por la sentencia, igual que otras como pueden ser la fijación de la cuantía indemnizatoria a que tiene derecho el demandante.

Este análisis crítico del artículo 71, núcleo del régimen normativo de las sentencias de condena, nos lleva a la conclusión de que sus problemas jurídicos han de ser resueltos, en gran medida, recurriendo a la interpretación sistemática de la LJCA, a los parámetros constitucionales aplicables y a los principios institucionales en juego. Todo ello se pone a prueba en una primera cuestión: ¿por qué régimen ha optado la LJCA a propósito de la corrección judicial de la inactividad administrativa? La sentencia, ¿debe limitarse a condenar a la Administración a cumplir sus obligaciones, o puede contener ella misma el acto omitido, haciendo necesaria la actividad administrativa de cumplimiento de la sentencia, aun cuando ese acto es una simple declaración de voluntad para la que no se necesita teóricamente la colaboración de la Administración? Es el caso, por ejemplo, de los supuestos en que la Administración haya denegado ilegalmente el otorgamiento de una licencia o autorización: ¿puede el órgano judicial conceder la autorización en la sentencia, o debe condenar a la Administración a dictarla, con la consecuencia de que el particular tendrá que esperar a que la Administración cumpla la orden judicial? Este problema sólo se da en aquellos supuestos en que la prestación a que se condena a la Administración consiste en dictar un acto administrativo del tipo de una autorización, es decir, cuyo contenido está perfectamente fijado en la sentencia y que no exige ninguna actividad ejecutiva, ya que en otro caso está claro que el cumplimiento de la sentencia requerirá una actividad de cumplimiento por parte de la Administración, por lo que la única fórmula utilizable será la sentencia de condena.

En este punto me parece claro que el legislador ha optado de forma decidida por el sistema de sentencias de condena, a pesar de que el ambiguo tenor del artículo 71.1, apartados *b)* y *c)*, pueda dar a entender que es el órgano judicial el que, entre otras «medidas», dicta el acto o realiza la actuación administrativa obligatoria<sup>3</sup>. Esa opción del legislador aparece, en primer lugar, en el artículo 32.1, al decirse que, frente a la inactividad administrativa, «el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que *condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones*». En un sistema basado en el principio dispositivo (art. 33.1), las pretensiones marcan también el límite de las sentencias. Otro argumento bastante claro en la misma dirección es el artículo 108.1 *b)*, según el cual, «[s]i la sentencia *condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto*, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento: (...) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración

3. En la doctrina española, y con referencia a la LJCA/1956, E. MALARET ha sostenido, en «Los principios del procedimiento», cit., pg. 308, que «el "reconocimiento de una situación jurídica individualizada" no implica que el Tribunal pueda sustituir a la Administración, sino que en este supuesto dictará una sentencia obligando a la Administración a que dicte un determinado acto administrativo». Comentando la Sentencia de 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 9), BELTRÁN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pg. 119, dice que «[e]l fallo (...) no consiste en sustituir a la Administración y otorgar la administración de lotería al recurrente, sino en declarar su derecho a ser adjudicatario de la misma. El Tribunal no parece sentirse habilitado para dictar un acto administrativo, incluso de contenido absolutamente reglado o predeterminado por sentencia».

condenada». En este artículo se vuelve a mencionar a la sentencia de condena como instrumento técnico para obligar a la Administración a cumplir sus obligaciones de dictar actos o llevar a cabo otro tipo de prestaciones, sin hacer referencia a posibles sentencias sustitutivas o constitutivas (es decir, que produzcan los mismos efectos que el acto que la Administración habría debido dictar) como técnica alternativa. Además, el precepto dispone que, *en caso de incumplimiento*, el órgano judicial competente podrá disponer que el fallo adquiera la eficacia inherente al acto omitido, es decir, podrá ordenar que se reconozca al pronunciamiento de condena el valor del acto a cuya emisión fue condenada la Administración, lo que permite superar su oposición al cumplimiento de la sentencia. Si esto es así, es decir, si el fallo sólo equivale al acto omitido cuando el órgano judicial lo dispone expresamente ante una actitud administrativa de incumplimiento de la sentencia, es porque inicialmente el fallo se limita a condenar a la Administración, de forma que es necesario que ésta cumpla la sentencia y dicte el acto a que ha sido condenada, para que el demandante pueda aprovecharse de sus efectos<sup>4</sup>.

No parece que esa opción del legislador deba ser incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Lo que exige este mandato constitucional es que los ciudadanos puedan obtener decisiones judiciales que impongan a la Administración el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, y también que esas decisiones se cumplan; no exige, sin embargo, que la forma concreta de esas decisiones sea la sustitución judicial de los actos administrativos omitidos. Además, la opción por las sentencias de condena, que conlleva el riesgo de que la Administración se niegue, al menos inicialmente, a cumplir la sentencia, y retrase la satisfacción de los intereses del demandante, está adecuadamente equilibrada con dos instrumentos: la actividad judicial de ejecución, que incluye la posibilidad de que se supere el contenido meramente condenatorio de la sentencia y se le reconozcan los efectos del acto omitido [art. 108.1 b)] y las medidas cautelares, por medio de las cuales el demandante puede comenzar a disfrutar, antes incluso de la emisión de la sentencia, los efectos del acto omitido por la Administración, en cuyo caso el cumplimiento de la sentencia no hace más que fortalecer la base jurídica del disfrute de esos efectos favorables, sin alterar la situación fáctica en que se encuentra el demandante<sup>5</sup>.

4. No he incluido entre los argumentos normativos favorables a las sentencias de condena frente a la alternativa de las sentencias sustitutivas/constitutivas, al art. 71.2, que dispone: «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados». La conducta prohibida por este precepto, es decir, la determinación por el órgano judicial del contenido concreto del acto discrecional que debe dictar la Administración (o del precepto reglamentario que debe dictar en sustitución de uno anulado) puede darse tanto en las sentencias de condena como en las sentencias *sustitutivas* en sentido estricto: a efectos del respeto a la discrecionalidad administrativa, tanto da que la Sentencia diga exactamente a la Administración qué acto discrecional debe dictar, como que proceda ella misma a dictar, con efecto constitutivo, el acto omitido por la Administración.
5. Hay que tener en cuenta, al este respecto, que el art. 136.1 contiene una presunción favorable al otorgamiento de las medidas cautelares en los supuestos de pretensiones de condena.

Por lo demás, la opción del legislador en favor de las sentencias de condena (frente a la alternativa de las sentencias sustitutivas/constitutivas) se puede defender con buenos argumentos, lo que es importante a la hora de verificar su compatibilidad con el artículo 24.1 CE. Dadas las características cuantitativas y cualitativas de la actividad administrativa, así como su vinculación a la ley y al Derecho y a los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad, cada acto que se dicte ha de ser puesto en relación con su contexto, es decir, con la actuación administrativa a la que está materialmente ligado, lo que sólo sucederá si es la Administración quien lo dicta *de acuerdo con su forma habitual de proceder*, en lugar de ser un órgano judicial el que convierta en resolución administrativa un pronunciamiento de condena contenido en el fallo. Aunque muchos actos se agotan en una declaración de voluntad y en este sentido pueden ser teóricamente sustituidos por una sentencia judicial, suelen producir efectos internos (inscripción en registros administrativos, emisión de títulos acreditativos, etc.) que tienden a proteger mejor la posición del beneficiario del acto administrativo, y para ello es mejor que sea la Administración quien dicte el acto en cumplimiento de la sentencia judicial<sup>6</sup>. En fin, es a la Administración a quien compete el ejercicio de sus competencias mediante el dictado de actos administrativos, y si bien el principio de división de poderes no impide que los órganos judiciales le señalen qué actos debe dictar para ajustar su conducta a Derecho, no parece conveniente alterar por completo la distribución ordinaria de funciones y convertir a los Juzgados y Tribunales en órganos emisores de licencias, autorizaciones, concesiones, etc., cuando ello no es necesario para hacer efectivo el principio de legalidad de la Administración ni para tutelar adecuadamente los derechos e intereses de los particulares. Además, el hecho de que una sentencia de condena no «invade» el ámbito competencial de la Administración de un modo tan llamativo como las sentencias sustitutivas, puede eliminar también la reticencia de muchos órganos judiciales frente a las mismas y llevarles a utilizarlas como un instrumento técnico más, superando los recelos o temores derivados del principio de división de poderes, recelos que en nada pueden beneficiar al demandante.

Ésta es también la dirección seguida por el Derecho alemán, que reconoce con normalidad las sentencias de condena pero no admite la alternativa de que el órgano judicial dicte el acto en la propia sentencia o, en otras palabras, que ésta produzca, como sentencia constitutiva, los mismos efectos del acto omitido<sup>7</sup>. No es

6. Los comentaristas de la LRJ-PAC han observado en muchas ocasiones que, aunque la certificación de acto presunto produce los mismos efectos que el acto expreso y «[l]os actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada» (art. 43.5), difícilmente se van a reconocer en el tráfico jurídico y económico (por ejemplo a efectos del otorgamiento de créditos para un proyecto edificatorio amparado en una licencia urbanística obtenida por silencio positivo) los mismos efectos a una simple certificación que a una licencia otorgada por la Administración con las formalidades usuales. Del mismo modo, un sujeto a quien, por ejemplo, se le reconoce en sentencia el derecho al reconocimiento de un determinado grado académico, podrá ejercitar mucho más fácilmente los derechos anejos al mismo si la Administración extiende el título correspondiente (con la numeración reglamentaria, inscripción en el registro oportuno, etc.) que si se ve obligado a acreditar su titulación académica exhibiendo el fallo de una Sentencia contencioso-administrativa.

7. Según HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §38.39 (pgs. 649-650), «cuando el Tribunal estima

un rasgo en el que se detengan los autores, o que se vean obligados a justificar. En todo caso se subraya la novedad de las sentencias de condena respecto a las sentencias simplemente anulatorias que se regulaban en la legislación anterior a 1945 (como se ha explicado «supra», en el Capítulo II)<sup>8</sup>.

## 2. LAS DISTINTAS FORMAS DE CONDENA

### a) Las sentencias de condena en sentido estricto y las sentencias-marco.

En el Capítulo anterior he repasado los distintos supuestos en que a las pretensiones de condena se responde con sentencias que *no* condenan a la Administración a dictar un acto o a llevar a cabo una actuación material: sentencias de inadmisión, de desestimación o de mera anulación. Cuando las pretensiones de condena alcanzan su objetivo es, sin embargo, cuando el órgano judicial no se queda en una de esas estaciones intermedias, sino que una vez comprobada la concurrencia de todos los requisitos procesales y una vez ha verificado que la resolución administrativa denegatoria (si la hay) no se ajusta a derecho, declara que la Administración tiene efectivamente la obligación que el demandante afirma en su demanda y, a partir de esa declaración, la condena al cumplimiento de tal obligación, estableciendo en el fallo los actos o prestaciones en que consiste concretamente ese cumplimiento.

una «*Verpflichtungsklage*», declara la obligación de la Administración de dictar el acto solicitado. El efecto favorable no se deriva de la propia sentencia, es decir, el Tribunal mismo no dicta, por ejemplo, la licencia urbanística solicitada. Es necesario que actúe a continuación la Administración». En el mismo sentido, vid. BACHOF, O.: *Die Klage auf Vornahme*, cit., pg. 56; CÖSTER, E. H.: *Kassation, Teilkassations und Reformation von Verwaltungsakten durch die Verwaltungs- und Finanzgerichte*. Berlín, 1979, pgs. 74-75; SCHMIDT J., en EYERMANN, E. (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.35; KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.150 (con más remisiones); STÜER, B.: «*Zurückverweisung und Bescheidungsverpflichtung*», en *Festschrift Menger*, pgs. 779-795 (pg. 789); SCHENKE, W.-R.: «*Rechtsschutz des Bauherrn gegenüber der aufschiebenden Wirkung einer Nachbarklage*. Bemerkungen zu BVerwG, *NJW*, 1969, 202», *NJW*, 23 (1970), pg. 271: «Siguiendo el principio de división de poderes, el legislador de la *VwGO* ha configurado los procedimientos de la “*allgemeine Leistungsklage*” y de la “*Verpflichtungsklage*” (expresamente regulados en ella) de tal manera, que el Tribunal no puede realizar por sí mismo las actuaciones solicitadas por el demandante, sino que se tiene que limitar a condenar a la Administración a llevarlas a cabo».

8. Si se admiten las sentencias constitutivas/sustitutivas en el Derecho suizo, bajo la denominación de «*reformatorische Entscheidungen*» (decisiones de reforma), como indica HÄNNI, P.: *Die Klage auf Vornahme*, cit., pgs. 244-245, 250 y 281, entre otras. Este sistema no conoce las pretensiones de condena dirigidas a la obtención de un acto administrativo, pero cuando el órgano judicial que conoce de un recurso dirigido contra un acto administrativo entiende que la Administración está obligada a dictar un acto concreto y que a partir del material obrante en los autos es posible determinar el contenido de ese acto, el órgano judicial sencillamente lo dicta mediante una «*decisión de reforma*». Siendo tan fuerte la intervención de este tipo de decisiones sobre el ámbito propio de la Administración, los Tribunales suizos no son propensos a dictarlas, sino que suelen considerar que el asunto aún no está preparado para una decisión sobre el fondo, limitándose a dictar una Sentencia anulatoria, que también produce para la Administración la obligación de resolver nuevamente sobre el asunto ajustándose a las declaraciones contenidas en la sentencia. De todas formas, la efectividad de la tutela judicial depende de factores más sutiles que el carácter sustitutivo o de condena de las sentencias, como indican las sombrías consideraciones del autor acerca el estado de la justicia administrativa en Suiza (pgs. 258-259).

Aquí se plantea uno de los problemas centrales de las sentencias de condena, pues en unos casos va a ser posible decirle exactamente a la Administración qué es lo que debe hacer (sentencias de condena en sentido estricto) y en otros el Tribunal tendrá que limitarse a indicarle qué deberes u obligaciones le impone el Derecho y qué actuaciones se derivan de ellos, pero no podrá determinar en la condena, en todos los detalles, qué es lo que debe hacer la Administración para que queden satisfechos los intereses del demandante, porque la mera interpretación y aplicación de las normas no permite al Tribunal llegar a ese resultado. Como esas sentencias proporcionan a la Administración un marco vinculante para su actuación futura, las he denominado sentencias-marco.

Se trata de casos en los que la Ley no ordena a la Administración realizar una conducta concreta, sino que regula su actuación (ordenándole tramitar determinados procedimientos, indicándole los intereses públicos que debe tutelar, señalando las medidas que puede adoptar y las que no, etc.) pero no impone «ab initio» un resultado concreto. Hay que insistir desde ahora en que este tipo de programación normativa de la actuación administrativa se da cuando se otorgan a la Administración potestades discrecionales, pero no sólo en ese caso: también cuando las normas emplean conceptos indeterminados o cuando para llegar a definir el contenido del acto administrativo es preciso realizar complejos procesos técnicos de obtención y tratamiento de información que son los que convierten los parámetros normativos en un contenido concreto que favorece o perjudica los intereses del particular.

Cuando el demandante formula una pretensión de condena respecto a este tipo de actividad administrativa y afirma que la Administración debía haber dictado un determinado acto favorable a sus intereses (otorgarle la autorización necesaria para ampliar una planta industrial productora de riesgos ambientales, por ejemplo), el órgano judicial no puede decidir sin más, a la vista de la norma aplicable, si esa pretensión está jurídicamente fundada, es decir, si la Administración tiene o no tal obligación<sup>9</sup>. La aplicación de la norma puede llevar a distintas soluciones (unas favorables al particular, otras más o menos perjudiciales) en función del resultado de una serie de actos de conocimiento, juicio, ponderación de intereses, etc., previstos por la norma y que deben desarrollarse en un procedimiento administrativo y bajo la responsabilidad de la Administración titular de la competencia para resolver. Si la Administración ha resuelto expresamente sobre la resolución del particular, lo primero que deberá hacer el órgano judicial será ver si la opción defendida en ese acto denegatorio: *a)* es una de las admitidas «a priori» por la norma aplicable, y *b)* se ha justificado adecuadamente la elección de esa alternativa

9. Lo contrario sucede, por ejemplo, cuando el demandante solicita que se condene a la Administración a reconocerle el derecho a practicar una determinada desgravación tributaria totalmente reglada y en la que no son necesarias operaciones o actos de instrucción complejos para determinar si concurren todos sus presupuestos. Aquí la Ley impone un determinado resultado y el órgano judicial puede llegar a él por sí solo, sin necesidad de examinar previamente qué argumentos ha aportado la Administración para rechazar la solicitud del particular. El acto denegatorio será ilegal cuando no se ajuste al resultado previsto por la norma.



respecto a las demás posibles<sup>10</sup>. Si la respuesta a estos dos controles es positiva, la sentencia será desestimatoria. Si no lo es, el Juez o Tribunal tendrá que intentar determinar, con ayuda de las normas aplicables y de los datos que consten en el expediente o se aporten a lo largo del proceso, cuáles son las obligaciones o deberes que pesan sobre la Administración y si debe estimar la pretensión formulada. Cuando esa vía no conduzca a un resultado definitivo, la sentencia tendrá que limitarse a ordenar a la Administración que tramite un nuevo procedimiento en el que se pueda llegar a saber si debe dictar el acto exigido por el demandante<sup>11</sup>.

La opción entre una sentencia de condena en sentido estricto y una sentencia-marco depende de las circunstancias de cada caso concreto, en particular del grado de «programación normativa» de la actividad administrativa (BACIGALUPO) y muy especialmente del contenido y resultados del procedimiento administrativo a que haya dado lugar la solicitud previa (y obligatoria) del particular. De la capacidad técnica y argumental de los Jueces y Magistrados contencioso-administrativos de-

10. Aquí es necesario referirse brevemente a las conclusiones de los dos capítulos anteriores. Como en ellos he explicado, la función de la vía administrativa previa y de los actos que la Administración puede dictar en ella no es la misma en todos los casos ni se deja describir con una fórmula única (objeto del proceso o simple requisito procesal). Precisamente en el tipo de asuntos a que me estoy refiriendo, el órgano judicial no puede saber si la Administración debe o no debe realizar determinada prestación *sin examinar previamente el contenido y la forma del acto denegatorio*, ya que la norma establece que la conducta que la Administración está obligada a llevar a cabo depende del resultado de verificaciones técnicas, ponderaciones de intereses, concreción de conceptos indeterminados, etc., que tienen su sede en el acto administrativo y que están sometidas a determinados requisitos procedimentales cuyo cumplimiento también se pone de manifiesto al revisar el acto y el procedimiento tramitado previamente. De aquí se deduce, como he explicado en los Capítulos X y XI, que estos procesos tienen una «doble trayectoria», porque el órgano judicial no puede ir directamente a las normas aplicables y comprobar si la pretensión del demandante se ajusta a ellas, como haría un juez civil en un proceso contra la Administración, incluso si ésta ha respondido expresamente a la reclamación administrativa previa del particular, sino que tiene que revisar primero la legalidad del acto expreso impugnado (si lo hay), y sólo después de comprobar que no se ajusta a derecho y que no sirve para justificar la decisión denegatoria que ha adoptado la Administración, tendrá que acudir a las normas aplicables para averiguar (si es posible) qué es lo que debe hacer la Administración y si la pretensión de condena formulada por el demandante tiene fundamento jurídico y debe ser estimada.
11. Un ejemplo de este tipo de decisiones es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 1996, publicada en *Actualidad Administrativa*, 1997, pgs. 157-159 (Sentencia núm. 39). La Administración había declarado desierto el concurso convocado para adjudicar una determinada concesión. El demandante, uno de los participantes en ese concurso, formuló una pretensión de condena, pidiendo que, además de anularse la resolución administrativa que declaraba desierto el concurso, se ordenase a la Administración adjudicárselo a él. La sentencia anula el acto impugnado por estar insuficientemente motivado, pero desestima la pretensión de condena: «debe desestimarse la pretensión de plena jurisdicción ejercitada (cfr. art. 42 LJCA) consistente en que se le adjudique el contrato, rechazo que se basa en dos razones, la primera que su demanda se fundamenta sólo en la conculcación del requisito formal de la necesaria motivación del acto y no en la mayor bondad de su oferta y, en segundo lugar, porque ante la carencia alegatoria y probatoria de la mayor bondad de su oferta, si la Sala accediese a tal pretensión estaría suplantando el criterio administrativo por el propio». Por todo ello, «procede anular el acto en cuanto que si bien se mantiene la decisión de declarar desierto el concurso, procede declarar el derecho de la recurrente a que la Administración exponga de forma razonada y pormenorizada en relación a su concreta oferta, el porqué de la inidoneidad de la misma, integrando respecto de la misma los conceptos jurídicos indeterminados empleados en el acto impugnado».

pende, en una medida no pequeña, que se actúe correctamente en estos casos, lo que a su vez condiciona decisivamente la efectividad de la tutela judicial ofrecida a los particulares.

Pero igualmente importante es establecer reglas generales y grupos de casos que den seguridad a las decisiones individuales y eviten una posible caída en la «justicia del caso concreto». Sólo así las soluciones propuestas se pueden apoyar en todos los principios y normas aplicables y tener en cuenta sus efectos sobre la estructura del contencioso-administrativo en su conjunto<sup>12</sup>.

Las pretensiones de condena suponen siempre una «sustitución» judicial de la voluntad administrativa, pues con este tipo de pretensiones se trata de lograr que los órganos judiciales impongan a la Administración el cumplimiento de deberes legales no atendidos por ella, es decir, que digan a la Administración qué es lo que debe hacer, por lo que los actos administrativos posteriores no procederán en sentido estricto de la voluntad de la Administración, sino de la decisión judicial a cuya ejecución sirven<sup>13</sup>. El contenido de esos deberes legales no siempre se deduce directamente de las normas que los establecen y regulan, sino que tal concreción suele exigir que se realicen determinados actos de conocimiento y juicio, algunos de carácter técnico, a lo largo de un procedimiento cuya tramitación está encomendada a la Administración (que dispone de los medios organizativos apropiados para ello).

Si se quiere que el contencioso-administrativo vaya más allá de la simple revisión de actos administrativos, la actividad judicial no puede depender en todo caso de que la Administración haya tramitado previamente un procedimiento. El procedimiento administrativo puede ser la sede adecuada para la obtención de datos y conocimientos técnicos indispensables para la interpretación de las normas aplicables y para decidir la estimación o desestimación de la pretensión formulada, pero los vicios o carencias de su tramitación no pueden inutilizar el proceso judicial posterior. Esto supondría un incentivo a la inactividad administrativa y, en definitiva, a las conductas de mala fe. Si la Administración tramita correctamente el procedimiento y pone de manifiesto todos los elementos relevantes para la interpretación de las normas aplicables y para que se pueda determinar a qué resulta obligada por esas normas, se expone al riesgo de que el órgano judicial llegue a una conclusión distinta a la suya y dicte una sentencia de condena, mientras que si permanece inactiva o tramita el procedimiento de forma defectuosa, priva a los

12. En definitiva, no corresponde al Juez decidir en cada caso la intensidad con que debe ser controlada la legalidad de la actuación administrativa, como recuerda PAPIER, H.-J.: «Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle», en BLÜMEL, W., D. MERTEN y H. QUARITSCH (Hrsg.): *Verwaltung im Rechtsstaat. Festschrift für Carl Hermann Ull*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1987, pgs. 235-255 (pg. 250).

13. En realidad toda la función jurisdiccional realizada a través del proceso es una «sustitución» de actos o voluntades de las partes por una actividad pública, como ha acertado a recordar J. DELGADO BARRIO en relación con este tema y sobre la base de un texto de CHIOVENDA (*El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Madrid, 1993, pg. 117).

órganos judiciales de elementos de juicio y les obliga a limitarse a una sentencia anulatoria o a una sentencia-marco.

A su vez, también es necesario evitar que la solución a este problema resulte condicionada por las deficiencias (teóricas, normativas o prácticas) del sistema de ejecución de sentencias. Se produciría esta alteración si se apurase la posibilidad de pronunciar sentencias de condena en sentido estricto, llevando a los órganos judiciales a realizar pronunciamientos para los que carecen de competencia y/o de elementos de juicio, sólo porque se sabe o supone que una mayor autolimitación, que llevase a la emisión de sentencias-marco, conduciría a la inutilidad de la tutela judicial porque se carece de medios adecuados para imponer su ejecución<sup>14</sup>. Cada una de las deficiencias o problemas del contencioso debe solucionarse en su sede, sin alterar el enfoque de otros problemas de la Justicia administrativa

La LJCA hace muy pocas referencias a este problema. Por un lado, acepta que los órganos judiciales «sustituyan» en las sentencias la «voluntad» de la Administración, es decir, que ordenen a la Administración realizar una conducta concretada en todos sus detalles. Así se deduce del artículo 32.1: «el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones *en los concretos términos en que estén establecidas*». También del artículo 71.1 c), analizado en el capítulo anterior, que permite que la sentencia condene a la Administración a «la emisión de un acto o (...) la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria», estableciendo además un plazo para el cumplimiento del fallo, lo que excluye que la Administración esté en condiciones de completar o codeterminar el contenido de su actuación futura.

Sin embargo, la Ley entiende que no siempre se va a poder llegar a esos términos concretos, y en su artículo 71.2 expresa terminantemente (tras haber recortado el tenor del proyecto de ley, mucho más abierto) que «[l]os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados». Aunque este precepto no menciona en absoluto las pretensiones de condena (al contrario que los citados en el párrafo anterior), es a ellas a las que se refiere, pues ¿en qué otro caso va a plantearse la posibilidad de que el órgano judicial se pronuncie sobre los actos o reglamentos que la Administración debe dictar en sustitución de otros anulados? Si se ha formulado una pretensión de anulación, la sentencia estimatoria se limitará a anular el acto impugnado [art. 71.1 a)], y la eventual emisión de otro en su lugar será un asunto de la exclusiva competencia de la Administración, ya se trate de un acto discrecional o reglado.

14. Sobre este punto, vid. las observaciones de SEIBERT, G.: «Die Beachtlichkeit von Fehlern im Verwaltungsverfahren gemäß §46 VwVfG und die Konsequenzen für das verwaltungsgerichtliche Verfahren», en FÜRST, W., R. HERZOG y D. C. UMBACH (Hrsg.): *Festschrift für Wolfgang Zeidler*. Berlín-New York, 1987, pgs. 469-486 (pgs. 476-477), para quien los Jueces, en su intento de proporcionar a los demandantes la forma de tutela que ellos consideran más efectiva, aplican en menos casos de los que debieran la técnica de la sentencia-marco, en perjuicio a veces (paradójicamente) de los particulares.

Por otro lado, la LJCA parte de que el único supuesto en que no cabe que la sentencia «sustituya» la voluntad administrativa es el de las decisiones discrecionales (incluyendo en él a la aprobación de reglamentos, en el que el grado de discrecionalidad es normalmente máximo). Como veremos en este capítulo, esta formulación es, desde un punto de vista, demasiado limitada, pues no tiene en cuenta otras situaciones distintas de la discrecionalidad en las que, sin embargo, la sentencia tampoco puede indicar exactamente a la Administración qué acto debe dictar o qué prestación debe cumplir<sup>15</sup>. A su vez, la formulación del artículo 71.2 es demasiado estricta porque no tiene en cuenta algo que ya es moneda corriente, al menos como concepto, en la doctrina y en la jurisprudencia españolas: que el ámbito de discrecionalidad reconocido normativamente a la Administración puede haberse agotado ya cuando se llega al momento de dictar sentencia, y por tanto el órgano judicial puede, sin invadir la exclusiva competencia administrativa para ejercer la discrecionalidad, «determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

En el Derecho alemán, la VwGO ha tenido en cuenta este problema a la hora de regular el contenido de las sentencias. El §113, tras abordar las sentencias anulatorias, las declarativas y las que ordenan la remoción de los efectos dañosos ocasionados por un acto administrativo ilegal («*Folgenbeseitigungsanspruch*»), se refiere en su apartado 5 a las sentencias dictadas en procesos en los que se haya deducido una pretensión de condena dirigida a la emisión de un acto administrativo («*Verpflichtungsklage*»):

El Tribunal condenará a la Administración a dictar el acto administrativo [«*Amtshandlung*»] solicitado si la denegación u omisión del acto ha sido ilegal y ha lesionado al demandante en sus derechos, *siempre que se den las condiciones para que se pueda dictar una sentencia sobre el fondo del asunto* [*wenn die Sache spruchreif ist*]. En otro caso, declarará que la Administración está obligada a resolver sobre la solicitud del demandante ateniéndose a la fundamentación jurídica expresada por el Tribunal<sup>16</sup>.

15. El propio legislador ha reconocido este hecho en el mismo art. 71, en su ap. 1 *d*), al referirse a los pronunciamientos relativos a la indemnización de daños y perjuicios (que analizaré a continuación en este mismo epígrafe). Aunque la sentencia fijará normalmente el derecho a indemnización y la cuantía de la misma, cuando el demandante haya formulado la pretensión correspondiente, también podrá limitarse a establecer «las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de Sentencia», siempre que no «consten probados en autos elementos suficientes para ello». Éste es un ejemplo típico de sentencia-marco, en el que, ante la limitación de los elementos de que se dispone, el órgano judicial se limita a resolver una parte de las cuestiones debatidas, el núcleo (derecho a la indemnización, bases de su cuantía), remitiendo a un procedimiento posterior (aquí, el incidente de ejecución de sentencias) la decisión sobre el resto de las cuestiones, aunque no haya ningún margen de discrecionalidad. La relación entre ambas cuestiones (ámbito de la condena indemnizatoria y límites de la «sustituibilidad» judicial de la voluntad administrativa) queda clara si se recuerda que, en la redacción que daba el proyecto de ley al actual art. 71.2, redacción en la que no se daba una respuesta única y cerrada a la citada «sustituibilidad», lo que inclinaba la balanza de un lado o del otro era justamente que hubiese en los autos elementos suficientes, es decir, el mismo criterio que determina que la Sentencia se limite a fijar las bases de la indemnización o se extienda concretar su cuantía.
16. El adjetivo «*spruchreif*», que es el criterio que determina cuándo se debe dictar una Sentencia de condena en sentido estricto o una sentencia-marco, significa literalmente «maduro para sentencia», al estar formado por el adjetivo «*reif*» (maduro) y el sustantivo «*Spruch*» (que se aplica, entre otras cosas, a los pronunciamientos de una sentencia). Así ha sido traducido al español en algunas ocasiones: vid. GONZÁLEZ-VARAS, S.: *La jurisdicción*, cit., pg. 234 («preparado

De ahí deriva la distinción entre «Vornahmeurteile» o sentencias de condena en sentido estricto, que ordenan a la Administración que dicte («vornehmen») un determinado acto, y «Bescheidungsurteile» o sentencias-marco, que ordenan a la Administración que resuelva nuevamente («bescheiden») sobre la solicitud del particular, ateniéndose a las declaraciones efectuadas en la sentencia<sup>17</sup>. Este precepto, que avanza un paso más respecto a sus precedentes en la legislación regional de la postguerra, ha sido la base de un importante esfuerzo doctrinal para concretar el concepto de «condiciones necesarias para que se pueda resolver sobre el fondo del asunto» («Spruchreife»), para determinar el contenido y efectos de las sentencias-marco y también sobre la cuestión de si existe una categoría específica de pretensiones de condena que se dirigen a la obtención de este tipo de sentencias («Bescheidungsklage») o se trata simplemente de la respuesta adecuada a las pretensiones de condena cuando no se dan las condiciones necesarias para que se ordene a la Administración la adopción de un acto determinado<sup>18</sup>. El problema de la falta de

para sentencia»); MONTORO CHINER, M. J.: «La inactividad administrativa», cit., pg. 330 («maduro para una decisión»). Por otra parte, toda la doctrina entiende que la expresión «Amtshandlung» equivale en este contexto a «acto administrativo» («Verwaltungsakt»): vid. KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.17; SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pg. 838; para REDFKE, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.38, se trata de un error de redacción y debería haberse hablado directamente de acto administrativo. También se pueden dictar sentencias-marco cuando el demandante haya demandado que se condene a la Administración a llevar a cabo una actuación material y no a dictar un acto administrativo: vid. SCHRÖDER, M.: «Bescheidungsantrag und Bescheidungsurteil», *Festschrift Menger*, pgs. 487-500 (pg. 495).

17. La doctrina denomina «Vornahmeurteile» a las sentencias de condena en sentido estricto, es decir, aquellas que ordenan a la Administración que adopte («vornehmen») un acto. SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pg. 842, había propuesto la expresión «Erfüllungsklage» (acción de cumplimiento), no consolidada. La denominación «Bescheidungsurteil» (y su paralelo, la pretensión denominada «Bescheidungsklage») procede de BETTERMANN, K. A.: «Die Verpflichtungsklage», cit., pgs. 649 y ss. En la doctrina española, S. GONZÁLEZ-VARAS ha propuesto la expresión «sentencia-resolución» para traducir el concepto alemán de «Bescheidungsurteil» (por ejemplo en *La jurisdicción*, cit., pg. 239). Es una traducción literal que me parece inadecuada porque da a entender que la sentencia opera como una resolución, cuando en realidad la sentencia *condena* a la Administración a dictar una resolución y señala el marco a que ha de atenerse en ella (marco que viene constituido por la «opinión jurídica» del Tribunal o «Rechtsauffassung»).
18. Si se compara el §113 VwGO con sus precedentes en las leyes de justicia administrativa de los «Länder», se comprueba que la VwGO se ha basado en ellas (puesto que utiliza las mismas expresiones, en una manifestación de la técnica normativa alemana, que tiende a dar pequeños pasos y a meditar mucho las fórmulas utilizadas y las posibles innovaciones) pero ha expresado más claramente la posibilidad de que se dicten sentencias-marco, posibilidad que en los textos anteriores era implícita y que había sido desarrollada por la jurisprudencia. Así, la ya citada Ley bávara de 25 de septiembre de 1946, que puede tomarse como ejemplo de las leyes de los «Länder» incluidos en la zona de ocupación norteamericana, disponía en su §79, apartado 3: «Si el Tribunal considera fundada la impugnación de un acto que deniegue la adopción de un acto administrativo y entiende que el asunto está «maduro para sentencia» desde todos los puntos de vista, anulará la resolución denegatoria y en la misma Sentencia condenará a la Administración a dictar el acto solicitado». En el ap. 5 añadía: «Si el Tribunal considera fundada la impugnación dirigida contra la omisión de un acto administrativo, condenará a la Administración a resolver sobre la petición. Se aplicará análogamente el ap. 3». Los términos son muy parecidos, pero hay que tener en cuenta que el sistema de acciones de esta Ley era diferente: no existían pretensiones calificadas formalmente como de condena, sino que la Ley regulaba la *impugnación* de la denegación expresa o presunta de la solicitud presentada por un particular pidiendo la adopción de un acto administrativo concreto. La sentencia, en cambio, sí podía contener pronunciamientos de condena. En cuanto a la Ley única para los «Länder» incluidos en la zona de ocupación británica, el llamado Reglamento 165 del Gobierno

«Spruchreife» y su solución mediante una sentencia-marco se puede dar, además de en las pretensiones de condena dirigidas al dictado de un acto administrativo («Verpflichtungsklagen»), en las pretensiones de condena genéricas, dirigidas a la obtención de una actuación material («allgemeine Leistungsklagen») <sup>19</sup>.

En los siguientes epígrafes de este capítulo iré exponiendo los distintos grupos de casos en los que no es factible lograr la «Spruchreife», entendiendo por tal la situación en que el Juzgado o Tribunal dispone de los elementos de juicio necesarios para condenar a la Administración a dictar un acto o a llevar a cabo una actuación material, concretados en todos sus detalles. Será en estos casos cuando el órgano judicial deba y pueda dictar una sentencia-marco. Pero antes interesa concretar cuál es la situación jurídica en que se encuentran los jueces administrativos respecto a la «Spruchreife», es decir, si deben actuar de oficio, acumulando material probatorio para lograr que el caso reúna las condiciones necesarias para que se dicte una sentencia de fondo que resuelva todas las cuestiones planteadas, o bien pueden conformarse con revisar la legalidad del acto impugnado y, todo lo más, examinar si las pruebas aportadas por las partes permiten determinar si la Administración está o no obligada a dictar un acto concreto <sup>20</sup>.

La Jurisprudencia administrativa alemana entiende que el órgano judicial debe hacer lo posible para llevar el asunto de que esté conociendo a las condiciones que permitan dictar una sentencia de condena en sentido estricto («Spruchreife herbeiführen»), de tal forma que la sentencia-marco y consiguiente remisión o devolución del asunto a la Administración sólo serán lícitas cuando, por las

---

Militar de 15 de septiembre de 1948, en su §75.3, disponía: «Si el Tribunal entiende que la denegación u omisión de un acto administrativo es ilegal y que el asunto está maduro para sentencia, condenará a la Administración a dictar el acto solicitado».

Sobre las relaciones entre los dos tipos de sentencias de condena, vid., sin perjuicio de los desarrollos y remisiones de los epígrafes siguientes, BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pg. 46; MENDER, C.-F.: *System*, cit., pgs. 199-201; BETTERMANN, K. A.: «Die Verpflichtungsklage», cit., pgs. 649 y ss. (es el primer trabajo en el que se habla de «Bescheidungsurteil»); HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §26.19-30 (pgs. 489-493); PIETZNER, R. y M. RONELENFITSCH: *Das Assessorexamen*, cit., §10.8 (pg. 105); KOPP, FF. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §§42.8-11 (pgs. 298-300) y §113.201-216 (pgs. 1665-1672); SCHMIDT J., en EYERMANN, E.: *VwGO*, cit., §113.38-44 (pgs. 907-910); GERHARDT, M. en F. SCHÖCH/E. SCHMIDT-ASSMANN/R. PIETZNER (Hrsg.): *VwGO*, §113.63-75; REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.39/41 (pgs. 690-691); BRUNN, B.: *Die sogenannte Bescheidungsklage in der Verwaltungsgerichtsordnung*, Diss. Mainz, 1977; SCHRÖDER, M.: «Bescheidungsantrag und Bescheidungsurteil», cit.; IDEL, W.: «Zum Begriff der Spruchreife», cit.; KLINGER, H.: «Der Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer beantragten Amtshandlung», *NJW*, 10 (1957), pgs. 654-657; MEYER, K.: «Herstellung der Spruchreife – Grundsatz und Grenzen – dargestellt am Baurecht», *DVB1*, 76 (1961), pgs. 75-78; PFEIFER, H.: «Verpflichtungsklage bei Ermessensakten?», *DÖV*, 15 (1962), pgs. 776-780; SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit.; ZSCHACKE: «Die Zurückverweisung der Sache vom Verwaltungsgericht an die Verwaltungsbehörde», *NJW*, 11 (1958), pgs. 1420-1424; STÜER, B.: «Zurückverweisung und Bescheidungsverpflichtung», cit., pgs. 779-795; SCHMITT-GLAESER, W.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pg. 193.

19. Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §28.22 (pgs. 509-510).

20. Recordemos que, en nuestro Derecho, y como he recordado en el Capítulo XI, nota 29, J. GONZÁLEZ PÉREZ ha defendido en sus *Comentarios*, cit., vol. II, pg. 1327, que el deber de congruencia no obliga al órgano judicial a ir más allá de la anulación del acto impugnado en caso de que éste se vea afectado por vicios formales relevantes, si bien puede hacerlo y dictar una resolución sobre el fondo por razones de economía procesal.

características del conflicto (presencia de elementos discrecionales no agotados, pero no sólo ese caso) no sea posible llegar a una sentencia de condena: «condenar a la Administración a que resuelva sobre la solicitud del particular es sólo un imperfecto sucedáneo [*«unvollkommener Ersatz»*] de una resolución sobre el fondo y, de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, sólo es aceptable cuando no se den las condiciones para esta última, es decir, cuando el asunto no reúna las condiciones necesarias para que se dicte una sentencia o no se le pueda llevar a esa situación»<sup>21</sup>. El fundamento normativo es el principio inquisitivo (*«Untersuchungsgrundsatz»*) que rige en ese orden jurisdiccional y que está recogido actualmente en el §86.1 *«VwGO»*: «El Tribunal investigará de oficio el asunto, dando en ello intervención a las partes. El Tribunal no está vinculado por las pruebas solicitadas y aportadas por las partes»<sup>22</sup>. El hecho de que el Tribunal administrativo ponga el asunto en condiciones de que se dicte sobre el mismo una decisión de fondo, es decir, investigue y decida si el acto solicitado debe o no dictarse, examinándolo desde todos los puntos de vista, incluidos los no estudiados por la Administración, no supone una extralimitación competencial del órgano judicial, ya que la Administración es parte en el proceso judicial y puede participar en esa actividad de instrucción»<sup>23</sup>. Cuando el Tribunal de instancia se limita a anular el acto impugnado y

21. El texto entrecomillado procede de la Sentencia del BVerwG de 13 de abril de 1961, publicada en BVerwGE, 12, pgs. 186-189, pg. 189. Esta es una regla que la Jurisprudencia ha venido formulando y perfilando (en un diálogo constante con la doctrina, como explicaré a continuación en el texto) desde antes de la aprobación de la *VwGO*. Esta última ha explicitado, como he indicado en la nota 18, contenidos que la jurisprudencia ya había extraído de las leyes de los «Länder» sobre la Jurisdicción administrativa. La Sentencia del BVerwG de 26 de mayo de 1955, publicada en BVerwGE, 2, pgs. 135-136, casa una sentencia que había anulado el acto impugnado (que era una resolución denegatoria de la solicitud de una ayuda legalmente prevista para daños de guerra) y había devuelto el asunto a la Administración para que ésta tramitara el procedimiento previsto para determinar si el solicitante tenía o no derecho a la ayuda: «En el proceso administrativo están vigentes el principio inquisitivo y el de investigación de oficio. El Tribunal debe realizar de oficio todo las averiguaciones necesarias para poder decidir sobre el fondo del asunto cuando el contenido del expediente no baste, a su juicio, para resolver sobre la pretensión anulatoria planteada». Tras esta sentencia, que es considerada el «leading case» en esta materia, el BVerwG se ratificó en otras sentencias, como las de 15 de noviembre de 1956 [publicada en DÖV, 72 (1957), pg. 403] y 2 de mayo de 1984 [NVwZ, 4 (1985), pgs. 35-36]. Sobre la evolución jurisprudencial, vid. DEMMEL, A.: *Das Verfahren*, cit., pgs. 8-12.
22. En la tramitación parlamentaria de la *VwGO* se pensó en modificar el proyecto de ley en el precepto relativo a la sentencia (actual §113) a fin de permitir al Tribunal devolver el asunto a la Administración para que decida nuevamente cuando las partes aporten nuevos elementos fácticos o jurídicos que puedan hacer conveniente un segundo examen del asunto, pero se desechó esa opción por consejo de los expertos que intervinieron en la tramitación (vid. «Bundestag Drucksachen», 3/1094, pg. 11).
23. Como afirma la Sentencia del BVerwG de 12 de junio de 1958, publicada en la colección oficial BVerwGE, 7, pgs. 100-107. En aquel caso, el demandante había solicitado una determinada subvención; la Administración inadmitió su solicitud como extemporánea y no entró a examinar el fondo del asunto; el Tribunal de instancia entendió que la solicitud se había presentado dentro de plazo y además verificó la concurrencia de los demás requisitos de la ayuda solicitada, por lo que dictó sentencia condenando a la Administración a otorgarla. La Administración impugnó la sentencia, argumentando que ésta debería haberse limitado a revisar los motivos alegados por la Administración en su resolución denegatoria, encomendando a la Administración el eventual examen de los presupuestos no tenidos en cuenta en la primera resolución denegatoria. El BVerwG rechazó el recurso porque el Tribunal de instancia se había

remitir el asunto a la Administración sin apurar las posibilidades de investigar el supuesto de hecho para dictar una sentencia de fondo, el BVerwG anula la sentencia y le ordena realizar por sí mismo las actuaciones de instrucción que sean precisas para poder dictar una resolución sobre el fondo<sup>24</sup>.

Aunque la doctrina confirma este deber de los órganos jurisdiccionales de «conseguir la „Spruchreife“», se han manifestado críticas respecto a algunos extremos a que ha llegado el BVerwG al interpretarlo ampliamente<sup>25</sup>. Pretender que se tramiten en sede judicial, a través de diligencias de prueba propuestas por las partes o por el Tribunal, aquellas fases o trámites del procedimiento administrativo que la Administración omitió en su momento y cuyo resultado sea indispensable para dictar una resolución sobre el fondo, puede llevar a una confusión entre las funciones respectivas del Ejecutivo y el Poder Judicial, que en este caso no preocupa tanto desde el flanco siempre polémico de la discrecionalidad, sino porque los Tribunales no disponen de los medios adecuados y su actuación en este campo podría ser muy ineficaz<sup>26</sup>. Además, la complejidad del trabajo de los Tribunales se incrementa (al no poder limitarse a anular el acto impugnado y encomendar a la Administración que verifique la concurrencia de los demás requisitos de la solicitud del particular), lo que a su vez retrasa la resolución de los asuntos y empeora la situación de atasco de la justicia administrativa. Los órganos judiciales pierden neutralidad porque la labor de tramitar procedimientos o realizar actos de instrucción que la Administración debería haber llevado a cabo en su momento se parece más a administrar que a juzgar, al menos en la visión tradicional de esta última actividad<sup>27</sup>.

limitado a cumplir lo que la jurisprudencia venía entendiendo como un deber judicial y porque su actuación no había perjudicado los intereses o las competencias de la Administración.

24. Así, en la Sentencia del BVerwG de 4 de marzo de 1960, publicada en BVerwGE, 10, pgs. 202-209: «El Tribunal Administrativo tiene que investigar el asunto en la medida necesaria para poder dictar una resolución sobre el fondo de la pretensión. El mero hecho de que los motivos alegados por la Administración para justificar una decisión reglada no sean correctos no le permite anular esa decisión y remitir el asunto nuevamente a la Administración para que verifique otros posibles motivos de carácter reglado; en ese caso el Tribunal debe, por el contrario, examinar por sí mismo el asunto desde todos los puntos de vista y adoptar la decisión definitiva» (pg. 204). La Sentencia del BVerwG casa la de apelación y ordena a este Tribunal que decida sobre el fondo de un posible motivo de denegación del acto solicitado (pgs. 203 y 205).
25. Afirman ese deber como principio general, entre otros, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.193; SPANNOWSKY W., en H. SODAN y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.237; REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.38; GERHARDT, M., en SCHÖCH, F., E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.66.
26. En este sentido, KOPP, F. O.: *Verfassungsrecht und Verfahrensrecht*. München, 1971, pg. 251; «Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß», *VerwArch*, 61 (1970), pgs. 219-259 (pgs. 223-227); «Grenzen der Gesetzgebung und der Rechtskontrolle im Bereich der öffentlichen Verwaltung», *BayVBl*, 29 (1983), pgs. 673-679.
27. En este sentido, vid. STELKENS, P.: «Verwaltungsgerichtsbarkeit-Gerichtsbarkeit ohne Verwaltung?», *NVwZ*, 1 (1982), pgs. 81-84 (pg. 83); SCHENKE, W.-R.: «Mehr Rechtsschutz durch eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung?», *DÖV*, 35 (1982), pgs. 709-725, esp. pg. 715.  
La doctrina alemana más reciente lamenta que la Justicia administrativa haya pasado a ser en muchos casos el «taller de reparaciones» de la Administración. No sólo cuando tiene que completar la instrucción de los procedimientos para poder decidir sobre el fondo, sino también porque las actuales medidas legislativas de «aceleración de los procedimientos administrativos» («Verfahrensbeschleunigung»), que intentan evitar por distintos medios que los posibles



La causa de que los Tribunales administrativos se resistan a dictar sentencias meramente anulatorias y devolver el asunto a la Administración sería más bien de equidad: evitar un nuevo retraso en la satisfacción de una pretensión que normalmente ya llevará años tramitándose, si se cuentan la vía administrativa previa y el proceso judicial<sup>28</sup>.

Aunque el problema de la «Spruchreife» es característico de las pretensiones de condena, en los procesos de tipo impugnatorio se plantea una situación similar cuando el Tribunal comprueba que el acto recurrido presenta defectos formales o se basa en argumentos erróneos y, para saber si debe anularlo o no, necesita determinar si el acto habría podido dictarse con otra cobertura y por tanto debe examinar puntos de vista fácticos o jurídicos no analizados por la Administración en el procedimiento («Nachschieben von Gründen»)<sup>29</sup>. A este último problema ha sido sensible el legislador federal al introducir en 1990, como ya he explicado «supra», un nuevo apartado 3 en el §113 (desplazando del 4 al 5 el apartado relativo a la «Spruchreife»), según el cual, «[s]i el Tribunal considera necesaria una actividad instructoria ulterior, puede abstenerse de resolver sobre el fondo y anular el acto [impugnado] y la resolución del recurso administrativo, si los trámites de instrucción necesarios son considerables y la anulación es aceptable también desde la perspectiva de las partes»<sup>30</sup>.

vicios formales de los actos y planes administrativos retrasen o impidan la ejecución de proyectos de infraestructuras considerados de vital importancia, reducen la eficacia invalidante de los vicios de forma y procedimiento y encomiendan a los Tribunales que procuren su convalidación *incluso durante la tramitación proceso judicial*. Así, la Sexta Ley de Reforma de la *VwGO*, que lleva fecha de 1 de noviembre de 1996, añade un número 7 al §87.1, según el cual el presidente del Tribunal o el Ponente («Berichterstatter») pueden, entre otras medidas que se adoptan antes de la vista oral al objeto de lograr que en ésta se resuelva el conflicto planteado, «dar a la Administración la oportunidad de convalidar vicios de forma y procedimiento en un plazo máximo de tres meses, cuando a su juicio ello no retrase la resolución del asunto». Asimismo, al §94, que regulaba hasta ahora la suspensión de la vista oral por litispendencia o prejudicialidad (estrictamente judicial o bien administrativa), se ha añadido un último inciso según el cual el Tribunal puede «suspender la vista, cuando le sea solicitado, al objeto de que se convalide un vicio de forma o procedimiento, si con ello se favorece la concentración del procedimiento». Vid. un comentario crítico a estas novedades en SCHENKE, W.-R.: «Reform» ohne Ende», cit., pgs. 86-87.

28. En este sentido, REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.39 (pg. 1565).

29. Ambas figuras tienen semejanzas estructurales y ponen de manifiesto que el proceso administrativo no sirve únicamente para revisar la legalidad de concretos actos administrativos (lo que significaría que el proceso está orientado hacia el pasado), sino para hacer declaraciones orientadas al futuro, que establezcan con fuerza de cosa juzgada si la Administración puede dictar un acto determinado (pretensiones anulatorias) o si está obligada a hacerlo (pretensiones de condena). La doctrina tradicional ha venido viendo al «Nachschieben von Gründen» (búsqueda judicial de otros motivos, distintos de los alegados por la Administración, capaces de dar cobertura al acto impugnado) y a la labor judicial de producción de la «Spruchreife» o de las condiciones que permiten un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, como dos aspectos del mismo problema, siendo dos figuras ligadas respectivamente a las acciones de impugnación («Nachschieben von Gründen») y de condena («Verpflichtungsklage, allgemeine Leistungsklage»): vid. GROSCHUPF, O.: «Wie entscheidet das Verwaltungsgericht», cit. Algunos autores actuales también hablan de «Spruchreife» en relación con las acciones de impugnación, como SPANNSKY, W. en su comentario al §113 (núms. 26-33), en SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit.

30. El §113.3 *VwGO* está dirigido a las pretensiones de anulación de actos administrativos («Anfechtungsklagen») y no a las de condena, como se puede comprobar acudiendo a los criterios

El debate alemán me parece de gran interés desde nuestra perspectiva porque en él se ha abordado con el detalle que merece una cuestión ciertamente crucial para la eficacia de las pretensiones de condena: cuándo se puede dictar una sentencia de condena en sentido estricto y cuándo es necesario reconocer que la simple aplicación judicial de la Ley no permite indicar a qué está obligada la Administración, de modo que no cabe ir más allá de la condena a que tramite un nuevo procedimiento ateniéndose a ciertos parámetros (sentencia-marco). No sólo esto, sino que el debate alemán ha superado las perspectivas hasta ahora dominantes entre nosotros, que me parecen excesivamente parciales: la economía procesal (que dogmáticamente deja de lado algo tan importante como el derecho a la tutela judicial) y la discrecionalidad abstractamente considerada<sup>31</sup>. Pero esta consideración matizada de todos los problemas e intereses en juego, que es la que permite alcanzar reglas practicables y suficientemente concretas, exige centrarse en los distintos grupos de casos que se pueden plantear, lo que haré a partir de ahora, no sin antes detenerme en algunos problemas de las condenas a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación (o inactividad) administrativa.

## b) La condena a la indemnización de daños y perjuicios.

Un supuesto especial de sentencia de condena es la relativa a la indemnización de daños y perjuicios, a la que se refiere la LJCA en los artículos 31.2, 65.3 y 71.1 d). Esta indemnización puede cumplir finalidades distintas. En primer lugar, hay casos (responsabilidad extracontractual y contractual, fundamentalmente), en que todo el proceso y la vía administrativa previa se orientan alrededor de esa indemni-

---

gramatical y sistemático y al estudio de sus antecedentes. El precepto habilita al Tribunal para, absteniéndose de resolver sobre el fondo, anular *el acto impugnado* y remitir el asunto nuevamente a la Administración, lo que nos remite al esquema impugnatorio aplicable únicamente a las pretensiones anulatorias. (Recordemos que en Derecho alemán sólo se puede hablar de acto impugnado en las pretensiones anulatorias, no en las de condena.) Por otro lado, la ubicación de este precepto en el §113 VwGO acentúa su relación con las pretensiones impugnatorias, puesto que las referencias a las condena sólo aparecen en el apartado 5, refiriéndose los anteriores a las anulatorias. Además, el legislador, que tomó el actual §113.3 del proyecto de Ley Procesal para las Jurisdicciones de Derecho público («Verwaltungsprozeßordnung»), omitió incorporar un precepto análogo que se refería a las pretensiones de condena. Son contrarios, por estos argumentos, a la posibilidad de aplicar el §113.3 a las pretensiones de condena, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.166; SPANNOWSKY, W., en SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.237; DEMMEL, A.: *Das Verfahren*, cit., pgs. 27-29.

31. Ya que la discrecionalidad no es, para la doctrina y la Jurisprudencia alemanas, el único caso en que se deben dictar Sentencias-marco. Aunque en próximos epígrafes examinaré los distintos grupos de casos, puede recogerse aquí una afirmación general como la de KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.194, para quienes la reducción de la sentencia de condena a una sentencia-marco «no se produce sólo cuando la Administración dispone de un margen de discrecionalidad o de apreciación, sino también (excepcionalmente) en actos reglados, cuando el Derecho material establezca que la adopción del acto requiere que antes se tramite correctamente el procedimiento administrativo». En el mismo sentido, SPANNOWSKY, W., en SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.241, quien al discutir la posibilidad de que el deber judicial de lograr la «Spruchreife» esté limitado incluso en casos de actuación administrativa reglada, dice que «el elemento determinante son los límites funcionales y fácticos que tiene la competencia de control de los Tribunales». Vid. también REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.39: «El principio según el cual el Tribunal debe conseguir la «Spruchreife» cuando la decisión administrativa sea reglada, no carece de excepciones».

zación. El particular solicita en vía administrativa que se le conceda una indemnización determinada en virtud de un título jurídico, la Administración deniega la solicitud de forma expresa o tácita y el particular interpone recurso contencioso-administrativo contra esa denegación, pidiendo que se condene a la Administración a concederle la indemnización solicitada<sup>32</sup>.

También puede suceder que el particular solicite la anulación de un acto de gravamen (una sanción, por ejemplo) y además que se le indemnicen los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la aplicación de ese acto (el tiempo que ha dejado de trabajar debido a la suspensión decretada en el procedimiento disciplinario, la pérdida de clientela sufrida a consecuencia de la apertura del expediente sancionador, etc.)<sup>33</sup>. La pretensión indemnizatoria también puede acumularse a una pretensión de condena, ya se dirija esta última a la obtención de un acto administrativo (por ejemplo, indemnización por los daños debidos a la denegación de una licencia urbanística, art. 44.2 de la Ley del Suelo) o de una actuación material (daños debidos a no haber podido acceder a determinado archivo administrativo mientras se estaba preparando un proyecto o solicitud sometida a plazo o cuando ya se habían realizado determinados gastos contando con la posibilidad de acceso).

En principio, las condenas pecuniarias en concepto de indemnización por daños no plantean ningún problema; es más, son mucho más usuales para los

32. En la doctrina, M. GARCÍA PÉREZ, que ha defendido la admisión con carácter autónomo (no ligado a la anulación de un acto) de una pretensión dirigida al reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, ha justificado esta supuesta necesidad aludiendo a las dificultades que a su juicio encuentra la formulación en sede judicial de ciertas pretensiones indemnizatorias. En «El objeto del proceso», cit., pgs. 78-79, afirma que «[e]l caso, por ejemplo, de las indemnizaciones debidas a los ciudadanos por actuaciones *legítimas* del Estado o de la Administración, difícilmente reconducibles a una pretensión de anulación –porque no existe acto ilegal– y a duras penas encajable en la pretensión contra la inactividad de la Administración –porque generalmente son supuestos que escapan a la actividad administrativa–. La doctrina y la jurisprudencia han justificado con la teoría de la socialización de daños o asunción de riesgos por el Estado este tipo de indemnizaciones, tratando de buscar un engarce suficiente que permitiese reconducir estas categorías a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, caracterizada por la existencia de un acto ilegal (carácter revisor) que en estos casos brilla por su ausencia». A mi juicio, no es éste un campo en el que se planteen excesivos problemas, ya que toda pretensión de responsabilidad patrimonial dirigida contra una Administración Pública (y la práctica ha demostrado que tampoco hay dificultad alguna para exigir la responsabilidad del Estado-legislador mediante una petición dirigida a un órgano administrativo) tiene un cauce procedimental claro (el regulado en los arts. 142-143 LRJ-PAC), al final del cual se producirá un acto administrativo en relación con el cual se pueden plantear en vía contencioso-administrativa las pretensiones procedentes, tanto anulatorias como de condena, como de hecho se viene haciendo con normalidad desde la implantación del actual sistema de responsabilidad patrimonial en la LEF de 1954.

33. La Sentencia de 8 de mayo de 1976 (RJ 1976, 3991) explica perfectamente la articulación de las distintas vías por las que se puede formular una pretensión indemnizatoria. El demandante había cedido un inmueble a la Administración demandada con destino a la construcción de una obra pública, a cambio de un aumento de edificabilidad que no se materializó en la correspondiente modificación del planeamiento, por lo que impugnó esta última. Al desestimar la pretensión anulatoria (puesto que el acuerdo informal entre las partes no vinculaba a la Administración y por tanto no convertía en nula la modificación de planeamiento que no lo respetaba), el Tribunal no puede otorgar la indemnización solicitada a título de compensación por los daños derivados de la aplicación de un acto ilegal, y tampoco puede concederla

órganos judiciales contencioso-administrativos, y por lo tanto mucho más fáciles de asumir, que las condenas a dictar un acto administrativo o a realizar cualquier actividad material. También en estos casos puede suceder que en el momento de dictar sentencia no haya elementos suficientes como para dictar una resolución que decida «todas las cuestiones controvertidas en el proceso» (art. 67.1), en cuyo caso la sentencia establecerá «las bases para la determinación de la cuantía [indemnizatoria], cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia» [art. 71.1 d)].

La única diferencia de régimen jurídico entre el supuesto de que la sentencia no pueda concretar la cuantía indemnizatoria y los casos en que no puede determinar exactamente cuál es el acto que debe dictar la Administración y el órgano judicial debe limitarse a dictar una sentencia-marco, es que en el primero de ellos la concreción de la cuantía indemnizatoria no se encomienda a la Administración demandada, sino que se lleva a cabo en un procedimiento judicial, el incidente de ejecución de sentencias. En el caso de las sentencias-marco, el órgano judicial no indica a la Administración en todos sus detalles en qué consisten sus obligaciones, sino que le encomienda a ella que lleve a cabo esa determinación en un segundo procedimiento *porque en caso contrario se excedería de sus propias competencias y pasaría a realizar funciones que sólo a la Administración corresponden*. En cambio, la LJCA parte de que la determinación de la cuantía indemnizatoria es una labor perfectamente integrable en la función judicial de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», contando con la colaboración de las partes en la aportación de pruebas, y simplemente introduce una división funcional entre el proceso principal (en el que se declara el derecho a la indemnización, el obligado a pagarla y las bases de la misma) y el incidente de ejecución (en que se lleva a cabo la concreción de la cuantía)<sup>34</sup>. Esa división permite que se dicte la sentencia reconociendo el derecho a la indemnización y las bases de ésta, antes de que se realicen las operaciones de concreción de su cuantía, que son instrumentales y subordina-

por la vía del enriquecimiento por no haberse planteado previamente esta petición en vía administrativa. En el mismo sentido, la de 11 de abril de 1989 (RJ 1989, 3341).

34. En el Derecho procesal administrativo alemán existe una institución similar, la sentencia intermedia o «Zwischenurteil». Es una sentencia que decide sólo uno de los puntos controvertidos en el proceso (siempre que, lógicamente, sea susceptible de resolución separada). Sólo vincula a las resoluciones posteriores respecto al punto concreto que ella decide. La «Zwischenurteil» puede ser impugnada por separado, sin esperar a que se dicte la sentencia final o «Endurteil», que resuelve los demás puntos controvertidos. El Tribunal administrativo decide discrecionalmente si dicta una «Zwischenurteil» sobre alguno de los puntos debatidos o si espera a la Sentencia final para decidir sobre todos ellos. La «Zwischenurteil» es una institución del Derecho procesal común que se aplica también en el administrativo. Uno de los casos regulados expresamente en la VwGO es la posibilidad de que el órgano judicial declare expresamente la admisibilidad de la demanda mediante «Zwischenurteil» (§109). Lógicamente, cuando la inadmisibilidad se declara en Sentencia (y no mediante un auto o «Gerichtsbescheid»), la sentencia será final («Endurteil»). Especialmente interesante a efectos de la comparación con el art. 71.1 c) LJCA es la «Zwischenurteil» regulada en el §111 VwGO: «Si, en una pretensión de condena, se discute tanto la existencia del derecho a una prestación [“Anspruch”] como la cuantía de la misma, el Tribunal puede decidir en primer lugar sobre la cuestión relativa a su existencia mediante una “Zwischenurteil”. Cuando el Tribunal declare que existe derecho a la prestación, puede ordenar que se celebre una nueva vista sobre la cuantía». Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §38.4-5 (pgs. 637-638); PIETZNER, R. y M. RONELENFTSCH: *Das Assessorexamen*, cit., §19.3 (pg. 211), así como las referencias al §111 en los comentarios a la VwGO.

das respecto al derecho a la indemnización. Al adelantarse la sentencia sobre el derecho a la indemnización, las partes opuestas al mismo pueden interponer antes los recursos pertinentes y obtener un pronunciamiento firme sobre esa cuestión<sup>35</sup>. Por otra parte, la remisión de la concreción de la cuantía indemnizatoria al incidente de ejecución de sentencia permite a las partes actuar con mayor flexibilidad y alcanzar una solución negociada, lo que es relativamente frecuente en estos casos, una vez establecido en sentencia que existe una obligación indemnizatoria y cuáles son sus elementos básicos<sup>36</sup>.

En cuanto al problema material del derecho a indemnización en todos estos casos, su tratamiento integral desborda el ámbito de este Capítulo. En general, el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts. 137 y ss. LRJ-PAC) se aplica supletoriamente, en defecto de una regulación específica. Así, la compensación a que tiene derecho el contratista ante el ejercicio por la Administración de sus potestades *exorbitantes* y la consiguiente alteración del normal desenvolvimiento del contrato está regulada expresamente en la LCAP (y se trata, al menos formalmente, de una responsabilidad *contractual*). Ya en el marco de la responsabilidad patrimonial (o extracontractual) de la Administración, la LS (art. 44.2) contiene algunas previsiones que complementan a la LRJ-PAC, aunque sigue siendo necesario recurrir a ella. Por lo demás, la aplicación (hasta su anulación) de un acto ilegal y el retraso en la adopción de un acto obligatorio, pueden ocasionar daños indemnizables con arreglo a los ya citados artículos 137 y siguientes de la LRJ-PAC, y será éste el régimen sustantivo de la pretensión indemnizatoria.

En relación con la indemnización de daños y perjuicios se plantea un problema de gran interés (y al que se ha prestado escasa atención hasta ahora), en aquellos casos en que, al restablecer la sentencia la legalidad vulnerada (anulando un acto ilegal o condenando a la Administración a cumplir las obligaciones no atendidas en su momento), se ponen de manifiesto unos daños derivados de la tardanza en ese restablecimiento de la legalidad. Es decir, se trata de los daños producidos por la aplicación del acto ilegal *hasta su anulación*, y (yendo a las pretensiones y sentencias de condena) de los daños que se deben a que la Administración no dictó el acto o cumplió su prestación cuando debía hacerlo, sino en un momento posterior, en cumplimiento de la sentencia.

Algunos de estos daños pueden evitarse si la sentencia restablece la legalidad con efectos «ex tunc», es decir, si los efectos de la anulación del acto se retrotraen al momento en que fue dictado, o si (por el lado de las pretensiones de condena) se ordena a la Administración que dicte con efectos «ex tunc» el acto a cuya emisión se la condena. En el caso de las pretensiones anulatorias, esta cuestión se relaciona con la distinta eficacia, «ex tunc» o «ex nunc», de la declaración de

35. Ésta es una de las ventajas que se reconocen en Derecho alemán a la «Zwischenurteil» o sentencia intermedia en la que se declara que una parte tiene derecho a una prestación («Grundurteil»), dejándose la fijación de su cuantía para otra resolución. Esta figura está regulada en el §111 VwGO: vid. KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §111.1 (pg. 1528).

36. En este sentido, vid. REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §111.5 (pg. 672); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, §111.1 (pg. 1528).

nulidad y de la anulabilidad, y desborda el ámbito de este trabajo, dedicado básicamente a las pretensiones de condena.

Lo que se está planteando en el fondo de esta cuestión es la alternativa entre la reparación de los daños mediante una indemnización pecuniaria o mediante la eliminación de los efectos de la medida u omisión causantes del daño (indemnización «in natura»). Lógicamente, esta alternativa sólo tiene sentido en aquellos casos en que son posibles ambas formas de indemnización. Cuando los efectos del acto omitido por la Administración sean puramente económicos, deberán ser indemnizados sin que tenga sentido discutir si lo son a título de retroactividad del acto o de compensación por su omisión<sup>37</sup>. Por otro lado, en otros casos es inútil que el acto que se dicte en cumplimiento de la sentencia de condena disponga expresamente que sus efectos se retrotraen a un momento anterior, pues no es posible aprovechar esos efectos retroactivos y por tanto la única forma de compensar los daños causados por la ilegalidad cometida por la Administración es conceder al demandante una indemnización pecuniaria<sup>38</sup>. También hay que tener en cuenta que en los supuestos de indemnización compensatoria por el ejercicio *legal* de determinadas potestades administrativas cuasi-expropiatorias (como las potestades intervención sobre los contratos administrativos, «factum principis» o «ius variandi») sólo se plantea la posibilidad de una indemnización pecuniaria, puesto

37. Así, cuando la Administración no haya reconocido a tiempo determinados derechos a un funcionario, que se traducen en la percepción de un complemento en una concreta cuantía, la sentencia deberá (una vez declarado el derecho del funcionario) condenar a la Administración al pago del complemento a partir del momento en que el funcionario reunía los requisitos y lo solicitó, y no tiene ningún efecto práctico discutir si el acto administrativo (de reconocimiento de ese derecho) que la Administración debe dictar en cumplimiento de la sentencia, produce efectos retroactivos o bien produce efectos exclusivamente «ex nunc» y además se concede una indemnización al funcionario que cubra el complemento que habría debido percibir desde el momento en que la Administración estaba obligada a dictar el acto omitido. De todas formas, muchos actos cuyo contenido es, aparentemente, sólo económico, van en realidad más allá, pues, por ejemplo, son el punto de partida de un plazo que determinará la adquisición de nuevos derechos (trienios, etc.). En estos supuestos, es claro que el modo más adecuado de tutelar al particular y de reparar los perjuicios ocasionados por la omisión ilegal de la Administración es dotar de eficacia retroactiva al acto que la Administración resulte condenada a dictar.

38. Es el caso, por ejemplo, de la negativa ilegal a otorgar una licencia urbanística. El particular sólo podrá comenzar a construir cuando la Administración le conceda la licencia en cumplimiento de la Sentencia de condena. Si lo hace antes, estará cometiendo una infracción urbanística y se expondrá a la correspondiente sanción. Todo lo más que podría sostenerse es que, si la Sentencia condena a la Administración a otorgar la licencia y no le deja ningún margen (discrecional o no) para concretar su contenido, el particular puede empezar a realizar el proyecto objeto de la licencia desde el momento en que la Sentencia comienza a producir efectos, sin que la Administración pueda imponerle una sanción, que sería una vulneración flagrante del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, ya que éste incorpora el acervo básico del principio de buena fe y uno de sus corolarios, según se reconoce unánimemente en Derecho civil, es la regla «dolo facit qui petit quod statim redditurus est». De todas formas, está claro que, si la licencia se dicta (en cumplimiento de la Sentencia de condena) el 1 de enero de 1999, de poco le sirve al demandante que se diga que sus efectos se retrotraen al momento en que debió ser dictada, el 1 de julio de 1995, que fue cuando el Ayuntamiento rechazó su solicitud. La inmovilización del capital y del terreno durante esos cuatro años no quedan compensadas con la retroacción de los efectos de la licencia, y por ello en este caso la indemnización pecuniaria es indispensable.

que el acto administrativo causante del perjuicio indemnizable es un acto conforme a derecho y no se puede pensar en su anulación con efectos «ex tunc», es decir, en la eliminación de sus efectos.

En aquellos casos en que la compensación de los daños sufridos por el demandante puede llevarse a cabo mediante una indemnización económica o (alternativamente) mediante el otorgamiento de efectos «ex tunc» a la sentencia de condena, ¿qué criterio se debe aplicar al optar entre ambas alternativas? Las normas materiales sobre responsabilidad extracontractual son las que deben resolver este conflicto de intereses e indicar quién (acreedor o deudor) puede optar por una u otra forma de reparación, qué límites tiene esa facultad de opción, o bien si el legislador impone una determinada forma de reparación (frecuentemente la indemnización «in natura» siempre que sea posible). Los artículos 1902 y siguientes del CC no regulan esta cuestión<sup>39</sup>. Para la responsabilidad administrativa sí se dispone de una regulación expresa, el artículo 141.4 LRJ-PAC, que exige el consentimiento del perjudicado y de la Administración.

En éste como en casi todos los problemas del contencioso-administrativo hay que partir del principio dispositivo. El demandante puede, en principio, delimitar su pretensión e indicar qué obligación administrativa incumplida quiere que se declare en la sentencia y, consiguientemente, cuál es el tenor de la condena que solicita. El órgano judicial podrá desestimar la petición o condenar a la Administración a algo menos, pero no podrá superar la pretensión y condenar a la Administración a hacer más o a hacer algo distinto, pues ello supondría incumplir el deber de congruencia. Por tanto, el demandante no está obligado a solicitar que se condene a la Administración a cumplir sus obligaciones con efectos «ex tunc», sino que puede (cuando ello proteja mejor sus intereses, como se ha visto), optar por pedir una indemnización pecuniaria.

Si se ha pedido por el demandante que la condena a dictar un acto determinado especifique que el acto debe producir efectos «ex tunc», la sentencia deberá estimar esa concreta pretensión si existe la obligación administrativa que le sirve de base (es decir, si la Administración ya estaba obligada a dictar el acto en el momento al que el demandante quiere que se retrotraigan sus efectos) y si la condena «ex tunc» es lícita porque se cumplen los requisitos del artículo 57.3 LRJ-PAC, que es la norma que regula en nuestro Derecho la emisión de actos con

39. En materia de responsabilidad extracontractual, el perjudicado puede optar por una u otra forma de reparación, salvo que la reparación «in natura» sea imposible o muy onerosa, según sostiene, con apoyo en la jurisprudencia, Díez-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II. Madrid, 1989 (6ª ed.), pg. 618. Una exposición completa sobre el tema en MUÑOZ PAREDES, M. L.: *El seguro a valor nuevo*. Madrid, 1998, pg. 44, nota 23.

El BGB regula este problema en los §§249-251. El principio general es la restitución «in natura», aunque el acreedor puede optar por la indemnización pecuniaria cuando el daño indemnizable haya consistido en una lesión a una persona o en daños causados a una cosa. También tiene derecho a la indemnización económica cuando la restitución natural sea insuficiente o imposible. El deudor tiene derecho a liberarse de su obligación mediante una indemnización económica cuando la restitución natural exija un esfuerzo desproporcionado o cuando sea imposible. Cuando se haya optado por la restitución natural, el acreedor puede poner un plazo al deudor y exigir, una vez transcurrido, una indemnización pecuniaria.

efectos retroactivos. La Administración sólo tiene la facultad de optar por la indemnización pecuniaria en los supuestos de responsabilidad patrimonial en sentido estricto, es decir, de responsabilidad por actuaciones materiales, a los que se aplica el artículo 141.4 LRJ-PAC, que considera la indemnización en especie como una oferta que la Administración realiza discrecionalmente (valoración previa de los intereses públicos) al perjudicado, y que éste también es libre de aceptar o rechazar. Pero cuando la Administración tiene la obligación de dictar un acto administrativo en un determinado momento y un interesado en ese acto exige judicialmente que se declare esa obligación y se condene a la Administración a cumplirla, ésta carece de todo título jurídico que permita sustituir, por su sola voluntad, el cumplimiento específico (dictando el acto con efectos «ex tunc») por una indemnización. El artículo 105 LJCA somete a estrechos límites la expropiación de los derechos declarados en sentencia, y no es admisible eludirlos acudiendo al artículo 141.4 LRJ-PAC. Éste se refiere a la indemnización del daño, pero no autoriza su producción, que es lo que sucedería si la Administración pudiese negarse a cumplir una obligación declarada en sentencia (dictar el acto con efectos «ex tunc») y optar por la indemnización pecuniaria, o si la sentencia accediese a una petición de este tipo y se limitase a condenar a la Administración a pagar una indemnización a pesar de que el demandante ha pedido la emisión del acto con efectos «ex tunc».

### 3. CAUSAS QUE PUEDEN LLEVAR AL TRIBUNAL A DICTAR UNA SENTENCIA-MARCO

En el Derecho público español se ha discutido abundantemente en los últimos años acerca de la «sustituibilidad» judicial de las decisiones administrativas discrecionales, es decir, si los órganos judiciales pueden determinar en la sentencia, además de la anulación de un acto o reglamento (plan urbanístico) impugnados, el contenido discrecional del acto o disposición normativa que se ha de dictar en lugar del anulado<sup>40</sup>. Con algunas excepciones, esta discusión no se ha conectado adecuadamente con el problema de las pretensiones procesales. Es decir, se ha estudiado si los órganos judiciales pueden decidir el contenido de las decisiones administrativas discrecionales que deben dictarse en sustitución de las anuladas, como si esta sustitución fuese una consecuencia natural de la anulación de un acto y del vacío consiguiente, cuando lo cierto es que un órgano judicial sólo puede ordenar a la Administración que dicte un determinado acto (discrecional o re-

40. Vid., sobre todo, PAREJO, L.: *Administrar y juzgar*, cit., pgs. 121 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa*, cit., pgs. 159 y ss.; FERNÁNDEZ, T.-R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pgs. 120 y ss., y otros trabajos posteriores incluidos también en *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid, 1997 (2ª ed.); BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa*, cit., pgs. 100-149; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, 89 (1996), pgs. 69-89 (pgs. 87-88); BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid, 1998, pgs. 84 y ss. y 206 y ss.; DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Pamplona, 1997, pgs. 260-272.



glado) si ante él se ha formulado una pretensión de condena<sup>41</sup>. En otro caso, es decir, si el demandante sólo ha deducido una pretensión anulatoria contra un acto discrecional, el juez no podrá decirle a la Administración qué acto debe dictar en sustitución del anulado, pero no ya porque se trate de actos discrecionales, sino porque no hay una pretensión de parte que le permita pronunciarse sobre esa cuestión.

El concepto de sustituibilidad es equívoco porque puede hacer referencia a tres cuestiones distintas que plantean también problemas jurídicos diferentes. Por un lado, las sentencias de condena en que el órgano judicial contencioso-administrativo ordena a la Administración que dicte un acto cuyo contenido se fija detalladamente en el fallo de la sentencia. En segundo lugar, la posibilidad de que la sentencia sustituya literalmente a la Administración, es decir, que el fallo produzca por sí mismo, y sin necesidad de que la Administración lleve a cabo una actuación dirigida a su cumplimiento, los mismos efectos del acto que la Administración estaba obligada a dictar y que ha sido objeto de la pretensión de condena<sup>42</sup>. En tercer lugar, al hablar de la sustitución judicial también se puede hacer referencia a la posibilidad de que el órgano judicial encargado de la ejecución de una sentencia de condena lleve a cabo por sí mismo, ante la resistencia de la Administración a su cumplimiento, la conducta a que ésta había sido condenada<sup>43</sup>.

Esta polémica se ha reflejado en el artículo 71.2 LJCA, según el cual «[l]os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados». En la tramitación parlamentaria se suprimió un párrafo 2º de este precepto, que admitía la sustitución en los casos de reducción de la discrecionalidad a una sola opción, es decir, cuando «como consecuencia de la anulación, sólo sea posible una única solución y exista base para ello en los autos»<sup>44</sup>. La norma finalmente aprobada

41. Sí ha insistido en este aspecto T.-R. FERNÁNDEZ especialmente en «De nuevo sobre el poder discrecional», cit., pg. 596.

42. Esta segunda acepción de la sustituibilidad plantea problemas jurídicos diferentes respecto a la primera, como hemos visto ya en el primer epígrafe del capítulo. Sea más o menos amplia la potestad judicial de dictar sentencias de condena relativas al ejercicio de potestades discrecionales, hemos visto ya que en nuestro Derecho los órganos judiciales pueden dictar este tipo de Sentencias, pero en cambio no les está permitido, en principio, dictar Sentencias sustitutivas.

43. Ésta es la perspectiva adoptada por BELTRÁN DE FELIPE, M.: *El poder de sustitución*, cit., pgs. 285 y ss., donde viene a afirmar, si no me equivoco, que el órgano judicial puede sustituir en estos casos completamente a la Administración, puesto que en la fase de ejecución ésta ya no dispone de discrecionalidad, sino sólo de «opcionalidad».

44. El pasaje entrecorinado en el texto era el último inciso del art. 69.2 (correspondiente al actual 71.2) del Proyecto presentado por el Gobierno y publicado en el BOCG-CD, Serie A-70/1, de 18 de junio de 1997, pg. 23. La actual redacción es el resultado de una enmienda transaccional introducida en el Informe de la Ponencia que examinó el Proyecto en el Congreso de los Diputados, publicado en el BOCG, Congreso, A-70/9, de 10 de marzo de 1998. Al inicial art. 69.2 se habían presentado diversas enmiendas (publicadas en el BOCG, Congreso, A-70/8, de 24 de noviembre de 1997). Algunas (núms. 40, Bloque Nacionalista Galego, y 207, Convergència i Unió), pretendían la supresión completa del actual art. 71.2, en el segundo caso por entender que los términos discrecionalidad y «única opción posible» son

acusa, a mi juicio, ese origen doctrinal, como se puede comprobar en la utilización del término «discrecional», rigurosamente inusual en el lenguaje normativo y presente, por el contrario, en la jurisprudencia y en los escritos doctrinales. El legislador ha terciado, en definitiva, en una polémica doctrinal, y lo ha hecho (y adelanto aquí mi propia opinión, que explicaré en los próximos epígrafes) con la escasa fortuna habitual en estas ocasiones, ya que tanto los preceptos constitucionales (arts. 24.1 y 106.1) como la propia realidad aplicativa del Derecho administrativo tienen una dinámica propia que acabará imponiéndose.

Al haberse centrado la polémica sobre los límites de la potestad judicial de sustitución en los actos administrativos discrecionales o, todo lo más, en los conceptos legales indeterminados que, por incluir un amplio margen de apreciación, se equiparan en la práctica a la discrecionalidad, ha pasado más inadvertido el problema de la sustituibilidad de las decisiones administrativas regladas. A veces se ha afirmado expresamente la vigencia ilimitada en estos casos de la potestad judicial de sustitución, y en general puede considerarse que ésta es la opinión dominante, ya que la discusión sobre la sustituibilidad se limita, como he dicho, a las decisiones administrativas discrecionales. Respecto a los actos reglados se ha planteado, en todo caso, un debate ligado al principio revisor y al que me he referido en el Capítulo XI, es decir, si el Tribunal puede entrar a decidir sobre el fondo del asunto en el caso de que la Administración, por haber inadmitido «a limine» la solicitud del particular, no se haya pronunciado previamente sobre el fondo de esa relación jurídica<sup>45</sup>.

Esa sustituibilidad judicial de las decisiones regladas es en realidad muy compleja y a veces imposible. Puede ocurrir que, aunque la pretensión de condena deducida por el demandante sólo aspire a la obtención de un acto reglado o de una actuación material administrativa, el órgano judicial deba limitarse a declarar que la Administración no obró conforme a derecho al denegar la solicitud que se

---

contradictorios. Otras enmiendas se oponían a todo asomo de sustitución judicial del contenido discrecional (núms. 78, Coalición Canaria, y 123, Izquierda Unida). En la enmienda 122 (Izquierda Unida), se quería explicitar que cuando el acto anulado fuese reglado sí se debería sustituir su contenido. La enmienda 301 (Grupo Socialista) se corresponde básicamente con el texto finalmente aprobado y su única justificación era la mejora de la seguridad jurídica.

45. Vid. DELGADO BARRIO, F. J.: «El principio de efectividad», cit., pg. 1213 (citando en su apoyo la Sentencia de 22 de octubre de 1990); CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «El carácter revisor», cit., y especialmente NIETO, A.: «Efectos procesales del silencio negativo de la Administración», *REDA*, 5 (1975), pgs. 256-259. En la jurisprudencia reciente, el Tribunal Supremo entiende que ninguna razón de principio impide a los órganos judiciales pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones planteadas, aunque la Administración, por razones formales, no lo haya hecho previamente: todo depende de que el órgano judicial disponga de los datos necesarios para ello: «aunque este Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo puede entrar a conocer de las cuestiones sustantivas cuando la Administración hubiere rehusado hacerlo por cuestiones adjetivas, ello está condicionado a que en el pleito existan elementos de juicio suficientes para llegar a aquel pronunciamiento de fondo, situación que no se da en el presente caso» (Sentencia de 19 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 9909]). Para GARCÍA PÉREZ, M.: *El objeto*, cit., pg. 86, «la interpretación lógica del precepto [se refiere al art. 71.2 LJCA] permite afirmar, sin duda, que la Sentencia puede determinar el contenido de un acto en sustitución del anulado cuando sea de naturaleza reglada, sin necesidad de ordenar una retroacción de actuaciones que no supondría más que una demora en el cumplimiento de obligaciones preestablecidas».

le presentó en vía administrativa, y a dictar una sentencia-marco en la que se la condene a dictar una nueva solicitud ateniéndose a determinados parámetros fijados por el órgano judicial a la vista del material disponible. En Derecho alemán nos encontramos un tratamiento jurisprudencial muy completo de esta cuestión, que no está lastrado además por el principio revisor, ya que en ese Derecho no se conoce tal principio y las sentencias de condena son usuales en la práctica. Por su claridad, puede ser útil transcribir a continuación el siguiente extracto de la sentencia del «Verwaltungsgericht» (órgano de primera instancia en la Justicia administrativa) de Munich de 26 de septiembre de 1995, que enuncia el problema que estamos estudiando:<sup>46</sup>

El asunto aún no está maduro para una decisión [«Spruchreif»] en el sentido del §113.5.1 VwGO. Es cierto que los Tribunales están obligados, en principio, a examinar todos los presupuestos fácticos y jurídicos del derecho invocado por el demandante, en el marco de la pretensión formulada y del objeto del proceso, y en este sentido deben poner el asunto litigioso en condiciones de que se pueda dictar sobre el mismo una resolución de fondo. Sin embargo, este principio debe ser adecuadamente limitado a fin de lograr una delimitación lógica y eficaz de las funciones de la Administración como Poder Ejecutivo y de los Tribunales administrativos, cuya misión consiste básicamente en el control «a posteriori» de la actuación administrativa y no el ejercicio en nombre propio de funciones administrativas (...) Por tanto, las condiciones para que se pueda resolver sobre el fondo [«Spruchreife»] pueden faltar no sólo cuando la decisión contenga aspectos sobre los que la Administración disponga de discrecionalidad o de un margen de apreciación [«Beurteilungsspielraum»], sino también respecto de decisiones en que se manejan conceptos cuya aplicación es totalmente revisable judicialmente.

Se trata de una opinión frecuente en la jurisprudencia y en la doctrina, aunque no faltan algunos contradictores<sup>47</sup>. Como indiqué ya en el epígrafe anterior, sólo

46. La Sentencia está publicada en NVwZ, 15 (1996), pgs. 410-413, y se refiere a una petición de información sobre las emisiones contaminantes realizadas por una empresa determinada al amparo de la Ley de Información Ambiental («Umweltinformationsgesetz», paralela a la Ley española 38/1995, de 12 de diciembre). La resolución administrativa denegatoria de la solicitud del particular había partido de que éste no reunía uno de los requisitos para tener acceso a la información, y por tanto no examinó si reunía todos los demás o si concurría en el caso alguna de las causas de exclusión del derecho a la información. Lo que se discute en el fundamento transcrito es si, una vez probado que la causa alegada por la Administración para denegar la solicitud no se ajusta a derecho, el Tribunal puede examinar si se dan todos los demás presupuestos (reglados) del derecho a la información, es decir, los no verificados por la Administración, o debe condenar a la Administración, simplemente, a que dicte una nueva resolución sobre la solicitud del particular en la que tenga en cuenta todos los aspectos relevantes.

47. Limita la posibilidad de devolución del asunto a los supuestos de discrecionalidad SCHÄFER, W.: «Die Klagearten», cit., pg. 842. También se muestra totalmente opuesto a la devolución del asunto a la Administración GROSCHEFF, O.: «Anmerkung», cit. Este autor recuerda que, en la tramitación parlamentaria de la VwGO, la comisión legislativa competente del «Bundestag» se planteó la posibilidad de seguir el ejemplo de algunas de las Leyes sobre la Jurisdicción Administrativa de los «Länder» y disponer que, en caso de que las partes aportasen durante el proceso datos fácticos o jurídicos que la Administración no hubiera tenido en cuenta anteriormente, el Tribunal debería anular el acto impugnado y devolverle el asunto para que dictara una nueva decisión que tuviese en cuenta todas esas circunstancias, y, sin embargo, la comisión decidió no incorporar esa posibilidad, por vía de enmienda, al proyecto de ley (las razones de este rechazo se pueden consultar en las actas de la comisión, «Bundestag-Drucksachen», 3/1094, de 30 de abril de 1959, pg. 11).

un examen de los distintos supuestos en los que se da esta incapacidad del órgano judicial para crear las condiciones que le permitan dictar una decisión definitiva sobre la pretensión de condena formulada por el demandante, puede permitir alcanzar conclusiones que sean aplicables al Derecho español.

#### a) El principio de separación de poderes.

Con frecuencia se afirma que el principio de separación de poderes debe llevar al Tribunal, en aquellos casos en que sea necesario realizar complejos actos de instrucción para determinar si la Administración debe llevar a cabo o no la actuación solicitada en la pretensión de condena, y esos actos hayan sido omitidos o incorrectamente ejecutados en el procedimiento administrativo previo, a dictar una sentencia-marco, devolviendo el asunto a la Administración para que se pronuncie nuevamente sobre él<sup>48</sup>. La función judicial consistiría básicamente, según esta tesis, en corregir las ilegalidades cometidas por la Administración (anulando los actos ilegales o condenándola a dictar los exigidos por el ordenamiento jurídico) y no en ejercer funciones administrativas bajo la forma de resoluciones judiciales<sup>49</sup>. Leída desde el Derecho español, esta tesis puede sonar muy próxima al antiguo carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, también apoyado en el principio de separación de poderes. Por ello es necesario recalcar las diferencias. Los defensores de esta tesis no sostienen que los jueces administrativos deban limitarse a «revisar» la legalidad de los actos administrativos recurridos, anulando los que sean contrarios a Derecho, entre otras cosas porque la VwGO contempla expresamente las sentencias de condena y parte del presupuesto de que la

48. En este sentido, SCHRÖDER, M.: «Bescheidungsantrag und Bescheidungsurteil», cit., pg. 489.

49. Vid. SEIBERT, G.: «Die Beachtlichkeit von Fehlern», cit., pgs. 480-483; MARX, G.: *Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß*. Frankfurt am Main, etc., 1996, pgs. 151 y ss. La función constitucionalmente encomendada al Poder Judicial es el control de la actividad de los poderes públicos y la corrección de aquéllas de sus actuaciones ilegales que lesionen derechos subjetivos de los ciudadanos. De acuerdo con esta tesis, habría una estricta separación entre la competencia para actuar y cumplir las distintas tareas o funciones que la Ley encomienda a la Administración en defensa de los intereses generales («Handlungskompetenz») y la competencia para controlar esa actuación («Kontrollkompetenz», atribuida al Judicial). La conclusión es que, cuando se deduce una pretensión de condena, el Tribunal debe controlar la legalidad del acto administrativo denegatorio de la solicitud del particular (o de la conducta administrativa omisiva) y, en caso de que esa actuación administrativa previa sea ilegal y lesione un derecho del demandante, anularla y por tanto dejar el asunto nuevamente en manos de la Administración para que ésta decida (sentencia-marco). Las sentencias de condena en sentido estricto deberían ser, para este autor, excepcionales (pg. 483). Ahora bien: incluso aceptando que la jurisdicción administrativa controla a la Administración al cumplir su función básica de tutelar los derechos subjetivos de los ciudadanos, la tesis de G. SEIBERT no se ajusta al modo en que la doctrina y jurisprudencia dominantes (y casi unánimes) entienden el funcionamiento de la prestación de condena («Verpflichtungsklage»). Como expone F. HUFEN, explicando la doctrina más extendida, el Tribunal no controla el acto administrativo denegatorio desde un punto de vista meramente revisor, sino que debe decidir si el demandante tiene derecho a que la Administración dicte el acto solicitado. Para aclarar esa cuestión está claro que el Tribunal no puede limitarse a examinar la legalidad del (eventual) acto denegatorio previo (*Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §26.3, pg. 484). En el mismo sentido, vid. SCHMIDT, J., en ERICISEN: *VwGO*, cit., §113.33 (pg. 905); CZERMAK, F.: «Grenzen der Rechtsprechung im Verwaltungsrecht?», *BayVBl*, 115 (1984), pgs. 233-234.

función de la justicia administrativa es la tutela de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones jurídicas de Derecho público. Lo que ellos defienden es que los órganos judiciales no deben convertir el proceso judicial en el lugar en que se lleven a cabo las actuaciones procedimentales omitidas previamente por la Administración, sobre todo cuando se trate de operaciones complejas (análisis, informes técnicos), que constituyen tareas propiamente administrativas y para las cuales es el Ejecutivo el que dispone de los medios y la organización adecuada. En el proceso administrativo pueden practicarse pruebas y diligencias para mejor proveer como en cualquier otro, pero debe haber un límite, según estos autores, cuando el contenido de esas pruebas sea en realidad la tramitación de un procedimiento administrativo entero<sup>50</sup>.

De todas formas, entiendo que el principio de división de poderes es demasiado genérico para ser utilizado como criterio que permita señalar cuándo se puede dictar una sentencia de condena en sentido estricto y cuándo se debe limitar el órgano judicial a dictar una sentencia-marco<sup>51</sup>. No existe ninguna norma que obligue a los Jueces y Tribunales contencioso-administrativos a no ocuparse de cuestiones que la Administración no haya analizado previamente en un procedimiento administrativo<sup>52</sup>. Ni siquiera aquellos ordenamientos, como el español, que siguen el principio de decisión previa para todo tipo de pretensiones de condena, incluidas las que se dirigen a la obtención de una simple actuación material que no tiene el carácter de acto administrativo, llegan a esta consecuencia, sino que exigen únicamente que la Administración haya tenido la *oportunidad* de pronunciarse sobre la cuestión litigiosa<sup>53</sup>. Por tanto, los órganos judiciales pueden entrar a enjuiciar sobre cuestiones acerca de las cuales la Administración no se ha pronunciado, siempre que haya tenido la oportunidad de hacerlo.

Por tanto, el núcleo más aprovechable de esta construcción doctrinal y jurisprudencial con la que se pretende justificar que se dicten sentencias-marco y no sentencias de condena en sentido estricto, es una argumentación de *funcionalidad* y de *eficacia*, más que una rígida separación entre las funciones del poder judicial y del ejecutivo, abstractamente definidas<sup>54</sup>. Es no sólo razonable sino también cons-

50. En esta línea, se recuerda que el legislador ha optado por permitir a los Tribunales administrativos dictar sentencias de condena, pero sin apoderarles para sustituir por sí mismos directamente los actos omitidos por la Administración, aunque eso sería materialmente posible, al menos cuando el acto omitido consista en una mera declaración de voluntad (una autorización, por ejemplo). Si el legislador ha querido limitar la intervención judicial sobre la actividad administrativa a propósito de los efectos de la sentencia, parece lógico suponer que ésa habrá sido su intención también respecto al contenido de ésta. Es un argumento válido en España, donde, según hemos visto, los Tribunales que estiman pretensiones de condena deben dictar sentencias de condena y no sentencias sustitutorias o constitutivas.

51. En este sentido, PAPIER, H.-J.: «Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle», cit., pg. 250.

52. Vid. las distintas opiniones en MARX, G.: *Das Herbeiführen*, cit., pgs. 105 y ss.

53. Como se ha visto en el Capítulo X al estudiar la vía administrativa previa.

54. La separación de poderes, entendida como regla de asignación de distintas tareas a diferentes complejos orgánicos, es un principio multifuncional, que puede ser utilizado con finalidades distintas: la salvaguarda de la libertad (ya que impide una concentración excesiva del poder), la tutela de las potestades de determinados sujetos, portadores de valores constitucionalmente rele-

titucionalmente lícito utilizar este tipo de argumentos para defender que, en ciertos casos, se dicten sentencias-marco y no sentencias de condena en sentido estricto, porque ambos tipos de sentencias dan satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>55</sup>.

#### **b) La ausencia de procedimiento administrativo.**

En la práctica ocurre frecuentemente que el Derecho no ordena a la Administración que dicte un acto, o no le indica exactamente qué acto debe dictar, sino que establece unos parámetros cuya aplicación al caso concreto es lo que determina cuál ha de ser la conducta que deba seguir la Administración. Por tanto, aunque no se está otorgando a la Administración una potestad discrecional, tampoco es posible saber, con un simple examen de las normas aplicables, a qué está obligada la Administración, y por tanto el órgano judicial no puede decidir, a partir de ese examen del Derecho aplicable, si debe estimar o desestimar una pretensión de condena en la que se le pide que ordene a la Administración dictar un acto determinado<sup>56</sup>. La sede en la que se deben aplicar esos parámetros normativos para saber cuál es el contenido concreto de los deberes que el Derecho impone a la Administración es el procedimiento administrativo: es aquí donde la Administración debe comprobar si el solicitante reúne todos los requisitos técnicos, económicos, y de otro tipo, para obtener una determinada subvención, o si su oferta es la mejor de las presentadas a un concurso, etc. Si la Administración no se ha pronunciado o no ha practicado estos actos de instrucción (por simple inactividad, por no considerarse obligada a ello o por la razón que sea) o si la instrucción realizada es inútil jurídicamente por los vicios que la aquejan, el Tribunal no puede pronunciarse sobre la pretensión de condena por falta de datos. Sólo puede anular la resolución administrativa por la que se haya denegado la solicitud del particular o condenar a la Administración a dictar una resolución expresa tras haber examinado todos los aspectos fácticos y jurídicos relevantes. Como no se trata de decisiones discrecionales (ésta es la hipótesis que estoy estudiando en este epígrafe), el órgano judicial podría teóricamente realizar por sí mismo, a través de diligencias de prueba propuestas por las partes o de diligencias para mejor proveer, y recurriendo al deber de colaboración de la Administración, esas actuaciones de instrucción omitidas o realizadas incorrectamente por la Administración, y podría llegar finalmente a obtener la información necesaria para desestimar la pretensión de condena (si llega a la conclusión de que la Administración no tiene la obligación

---

vantes (así, la protección de las potestades del legislador democrático a través de la reserva de ley o de las potestades de las comunidades autónomas como forma de salvaguardar la autonomía de los territorios), o simplemente como mecanismo que permite un ejercicio más eficaz del poder público a través de la asignación de sus diversas manifestaciones a los sujetos que, por sus características organizativas, están en mejores condiciones de ejercerlo adecuadamente.

55. Para que esto sea así es necesario, como quedó dicho, que se arbitren medios efectivos de ejecución de ambos tipos de sentencias, tema que excede el ámbito de este trabajo.

56. En estos supuestos, como quedó expuesto en el Capítulo XI, el órgano judicial no puede prescindir del acto impugnado como de un simple requisito procesal, sino que es la principal fuente de conocimiento para decidir sobre el fondo del asunto.

cuyo cumplimiento se exige en la demanda) o para estimarla y dictar una sentencia de condena en sentido estricto, que ordene a la Administración dictar un acto cuyo contenido se fije con todo detalle en el fallo. Esto es teóricamente posible, es decir, no hay ningún obstáculo por el lado de la discrecionalidad, pero es en realidad impracticable siempre que las actuaciones instructorias requeridas tengan una cierta complejidad. No tiene sentido que los Tribunales se conviertan en una especie de segunda Administración, que dirija la tramitación de múltiples procedimientos (de otorgamiento de todo tipo de prestaciones administrativas, de verificación de requisitos para la obtención de acreditaciones del cumplimiento de normas, de exámenes y concursos, etc.) sólo por el hecho de que la Administración los haya omitido o tramitado incorrectamente. Esta solución llevaría a una deficiente tramitación de los procedimientos (ya que es la Administración y no el Poder Judicial quien está preparada, organizativamente, para llevar a cabo esta tarea), aumentaría el atasco de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>57</sup> y además provocaría desigualdades entre los ciudadanos, unos sometidos a la Administración y a sus pautas de actuación, y otros a esa especie de «Administración de excepción» o de emergencia en que se habrían convertido los Tribunales contencioso-administrativos<sup>58</sup>.

Parece mucho más adecuado, por tanto, que los órganos judiciales puedan, en estos casos cuya delimitación deben realizar ellos caso por caso, dictar una sentencia-marco y condenar a la Administración a tramitar correctamente la solicitud del particular y a dictar una resolución sobre ella respetando todos aquellos parámetros que el Tribunal haya podido fijar ya a partir del material probatorio disponible<sup>59</sup>. Esa resolución completa y dictada después de haber tenido en cuenta

57. Este es un argumento ya antiguo, apuntado ya, aunque para rechazarlo, en la Sentencia del BVerwG de 12 de junio de 1958 (BVerwGE, 7, pgs. 100-107). La queja vuelve a plantearse con más fuerza, sobre todo a medida que aumenta la preocupación por el atasco de la justicia administrativa. Vid. HOFFMANN, H.: «Vorbeugende Klagen im Verwaltungsprozeß? (Stellungnahme zum Aufsatz Rückdätschel in DÖV 1961, 675 ff.)», *BayVBl*, 8 (1962), pgs. 72-76 (esp. pg. 73); GERHARDT, M. y P. JACOB: «Neue Probleme des Asylverfahrens - Zum Zweiten Beschleunigungsgesetz vom 16.8. 1980», *DÖV*, 33 (1980), pgs. 745-752 (esp. pgs. 751-752); KOPP, F. O.: *Verfassungsrecht*, cit., pgs. 113, 126 y 158; REDEKER, K. y H.-J. VON OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.39, así como las sentencias del «Oberverwaltungsgericht» de Münster de 21 de febrero de 1980 [publicada en *DÖV*, 33 (1980), pg. 807] y la del BVerwG de 7 de marzo de 1995 [DVBl (1995), pg. 857]; MARX, G.: *Das Herbeiführen*, cit., pg. 149. Para SPANNOWSKY, W. en SODAN y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, en cambio, la Jurisprudencia mayoritaria se considera también en estos casos capacitada para resolver sobre el fondo del asunto.

58. Es lo que se afirma en Alemania con los exámenes. Como la situación de quienes se presentan a un examen no puede ser reproducida perfectamente «a posteriori» en un proceso judicial (no es «nachvollziehbar», en la terminología alemana), un Tribunal no puede, si anula la calificación otorgada al demandante, concederle una nueva en virtud de un nuevo examen realizado dentro del procedimiento judicial, porque ello colocaría inevitablemente a ese sujeto en una situación de desigualdad frente a los demás que se presentaron al examen. Vid. SEIBERT, G.: «Die Beachtlichkeit von Fehlern», cit., pg. 486, nota 34.

59. En este sentido, KOPP F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.199 (pg. 1665); SPANNOWSKY, W., en SODAN y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.241; RICHTER, E.-G.: «Ist das Verwaltungsgericht verpflichtet, eine Sache der Leistungsverwaltung spruchreif zu machen (§113 Abs. 4 *VwGO*)?», *DVBl*, 75 (1960), pgs. 885-888; H.-J. PAPIER: «Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle», cit., pg. 252.

todos los datos ya será susceptible de un control judicial completo, que lleve en su caso a su anulación y a una sentencia de condena en sentido estricto<sup>60</sup>.

### c) El margen de apreciación de algunos órganos colegiados.

Otro de los supuestos en que, en Derecho alemán, se sostiene que el órgano judicial no está obligado a «madurar» el asunto litigioso hasta ponerlo en condiciones de que recaiga sobre él una sentencia de fondo, son los casos en que la legislación aplicable atribuye la competencia decisoria a un órgano colegiado en cuya composición se ha tenido especialmente en cuenta la participación de representantes de los distintos intereses afectados y la presencia de miembros que reúnan los distintos conocimientos especializados que requiere la resolución del asunto. La Ley asume, por tanto, que la decisión en este tipo de asuntos no consiste en una mera aplicación mecánica de las normas aplicables, sino que exige la ponderación de distintos intereses y/o la aplicación de diferentes conocimientos técnicos, algo que se pretende garantizar con la atribución de la competencia a ese órgano colegiado de contenido plural. Cuando ese órgano no haya resuelto expresamente sobre la solicitud del particular, bien por simple inactividad o porque, considerándola inadmisibile, no haya estimado necesario verificar la concurrencia de todos sus presupuestos, se entiende que la sentencia deberá limitarse a ordenar al órgano competente que resuelva sobre la solicitud. Sobre esta resolución podrá pronun-

60. Esta idea podría haberse convertido en Derecho vigente en Alemania si se hubiese llegado a aprobar el llamado Código del Proceso Administrativo («Verwaltungsprozeßordnung»), iniciativa legislativa de los primeros años 80 con la que se pretendía unificar en un único cuerpo legislativo la regulación de las tres jurisdicciones de Derecho público: la administrativa (que se rige por la VwGO, como ya nos consta), la de seguridad social (a la que se aplica la «Sozialgerichtsgesetz») y la financiera o tributaria (regida por la «Finanzgerichtsordnung»). El proyecto fue presentado al «Bundestag» por segunda y última vez el 31 de mayo de 1985 y está publicado en «Bundestag-Drucksache» 10/3437. El §125 del Proyecto pretendía sustituir al actual §113.5 VwGO y regular el contenido de la Sentencia en los casos en que se haya formulado una pretensión de condena (ya sea una pretensión dirigida a la obtención de un acto administrativo, «Verpflichtungsklage», o a una actuación administrativa material, «allgemeine Leistungsklage»). El ap. 1 del párrafo reproduce el actual 113.5 VwGO: el Tribunal condenará al demandado a dictar el acto solicitado cuando el asunto esté «maduro para sentencia». El ap. 2, una vez regulada en sus términos actuales la sentencia-marco (es decir, que el Tribunal condenará a la Administración demandada, en los casos en que el asunto no esté maduro para sentencia, a resolver sobre la solicitud del particular de acuerdo con las consideraciones jurídicas que haya hecho el Tribunal), dispone: «El Tribunal también puede dictar una sentencia-marco en aquellos casos en que sea oportuno que la cuantía de las prestaciones se determine en un procedimiento administrativo debido a las averiguaciones o cálculos necesarios para ello». La exposición de motivos del Proyecto explica este precepto del siguiente modo (pg. 134): «El segundo inciso [del ap. 2] especifica en qué casos y en virtud de qué requisitos el Tribunal puede renunciar a convertir el asunto en “maduro para una Sentencia”. En principio, el Tribunal debe llevar a cabo por sí mismo los cálculos que sean precisos y los actos de instrucción necesarios. Como ha venido sucediendo hasta ahora, corresponde a la jurisprudencia determinar los límites de esta obligación. (...) con carácter excepcional, el Tribunal puede prescindir de producir por sí mismo las condiciones que llevan a que se pueda dictar una resolución sobre el fondo del asunto, cuando sea razonable encomendar a las autoridades administrativas el cálculo de la prestación a que el demandante tenga derecho, por ejemplo en el caso de una pensión. Lo mismo debe aplicarse cuando sea razonable dictar una sentencia-marco a causa de la complejidad de los actos de instrucción necesarios. Esta posibilidad no debe limitarse (...) a los casos de prestaciones pecuniarias».



ciarse nuevamente el órgano judicial, llegando incluso a declarar que la Administración está obligada a dictar el acto solicitado por el particular. El Tribunal contencioso-administrativo puede revisar y criticar la argumentación y la ponderación de los diversos intereses en conflicto que ha llevado a cabo el órgano administrativo, e incluso llegar a partir de ese análisis a la conclusión de que la Administración estaba obligada a resolver en sentido contrario de como lo hizo, pero lo que no puede hacer es decidir directamente sobre el fondo si el órgano administrativo competente no ha examinado antes el asunto, incorporando al expediente sus puntos de vista. La doctrina y la jurisprudencia suelen considerar este supuesto como uno de los tipos o casos en que el Tribunal ni debe ni puede provocar la «Spruchreife», es decir, realizar por sí mismo las actividades de instrucción necesarias para que se pueda dictar una resolución de fondo. Sin embargo, es muy probable que estos supuestos se puedan catalogar de una manera más sencilla, encajándolos en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados en cuya apreciación se concede a la Administración un margen («Beurteilungsspielraum»), de modo que, siempre que se trate de escoger entre opciones incluidas en el «halo de penumbra» del concepto, se debe reconocer a la Administración una presunción de acierto y el órgano judicial debe limitarse a controlar la decisión administrativa, sin poder decidir él directamente en caso de que la Administración no lo haya hecho<sup>61</sup>. En la Jurisprudencia española se defiende esta misma

61. OSSENBÜHL, F.: «Vom unbestimmten Gesetzbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung», *DVBl*, 89 (1974), pgs. 309-313, sostuvo que, en aquellos casos en que las normas encomiendan una determinada decisión a un órgano colegiado de las características descritas en el texto, hay que suponer que esas normas entienden que es importante que la decisión la adopte ese órgano y no otro, y en consecuencia el órgano judicial que conozca de una demanda relacionada con dicha decisión deberá limitarse a controlar la decisión administrativa y a extraer las consecuencias pertinentes de ese control, pero sin sustituir el criterio del órgano administrativo por el suyo propio. El concepto técnico que expresa abreviadamente esta situación es el de «margen de apreciación» o «Beurteilungsspielraum», que no equivale a discrecionalidad pero tiene unas consecuencias muy parecidas en lo que se refiere a las facultades judiciales de control, revisión y sustitución de tales decisiones administrativas. En la doctrina española, BAGICALUPO, M.: *La discrecionalidad*, cit., pgs. 132-133, ha recogido la tesis doctrinal alemana que configura como «margen de apreciación» este supuesto de atribución de la competencia decisoria a un órgano colegiado de composición plural y representativo de diversos intereses.

En este sentido es interesante ver el diferente modo en que dos decisiones del BVerwG califican el mismo supuesto, en una ocasión remitiéndose a la teoría de la discrecionalidad y en la otra utilizando el concepto procesal de «Spruchreife» o madurez del asunto para que sobre él recaiga una resolución. El Auto de 8 de enero de 1963 [publicado en *DVBl*, 78 (1963), pgs. 263-264], relativo a la decisión administrativa de admisión al ejercicio profesional de un Licenciado en Medicina, afirma que el Tribunal administrativo no puede resolver sobre el fondo del asunto si el órgano administrativo competente para ello todavía no lo ha hecho, pero separa este problema de la discrecionalidad o los conceptos jurídicos indeterminados: «Es cierto que el Tribunal administrativo debe llevar a cabo los actos de instrucción necesarios para resolver sobre el fondo del asunto en la medida exigida por la pretensión formulada. No es aceptable que se anule una decisión administrativa reglada y se devuelva el asunto a la Administración por el solo hecho de que los motivos invocados por la Administración no sean válidos. Más que encomendar a la Administración el examen de otros posibles motivos, el Tribunal debe aclarar por sí mismo el asunto, examinando los demás motivos que puedan ser de aplicación, para decidir definitivamente. Sin embargo, en el cumplimiento de este deber es necesario tener en cuenta la regulación del procedimiento administrativo. (...) Si ésta ha establecido un órgano administrativo específico para la realización de una prueba técnica, el Tribunal no puede atraer hacia sí la competencia de este órgano, sino que tiene que limitarse a controlar «a posteriori» la decisión de éste» (pg. 264).

solución apelando en ocasiones al concepto (equivoco) de discrecionalidad técnica<sup>62</sup>.

#### d) Otros supuestos.

El Tribunal también debería remitir el asunto a la Administración mediante una sentencia-marco para que decidiera nuevamente sobre él, en aquellos casos en que se discute el reparto entre distintos aspirantes de algún tipo de prestación administrativa favorable de la que sólo hay un número limitado de unidades. Si la Administración rechaza la solicitud del demandante, éste puede formular una pretensión de condena. En caso de que el Tribunal no considere ajustados a Derecho los argumentos alegados por la Administración para justificar la resolución denegatoria, pero a su vez no se haya impugnado la admisión o reconocimiento de esa prestación a otro sujeto, habrá más sujetos que tienen teóricamente derecho

---

En cambio, la Sentencia de 16 de diciembre de 1971 (publicada en la colección oficial BVerwGE, 39, pgs. 197-210), que ha tenido bastante influencia en la Jurisprudencia posterior [así en auto de 4 de diciembre de 1974, publicado en BVerwGE, 46, pgs. 356-359 y en DVBl, 90 (1975), pgs. 726-727, con nota de K. A. BETTERMANN, y el Auto de 14 de mayo de 1982, publicado en DVBl, 98 (1983), pgs. 33-34], sí relaciona la atribución de la competencia a un órgano colegiado especial, con el reconocimiento al mismo de un margen de apreciación en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. El caso se refería a la calificación de una revista como «peligrosa para la juventud», decisión encomendada un órgano colegiado específico, compuesto por representantes de diversos sectores sociales. Tras explicar que la decisión de incluir o no una publicación en el correspondiente «índice» no es una sencilla subsumción en la que sólo quepa una única solución, sino que exige realizar ciertas apreciaciones, dice: «Esta es la idea de que parte la Ley (...), como se pone de manifiesto en la creación de este órgano especial a nivel federal y en la regulación del procedimiento. (...) La composición de esta comisión federal garantiza que al decidir la inclusión de una revista en la lista se tengan en cuenta los diferentes grupos de nuestra sociedad plural. Es de esencia a las decisiones de un órgano de este tipo, que no sea posible simular o reproducir cuál habría sido la opinión que se hubiese formado y la decisión que se hubiese alcanzado. Por tanto sería contrario a la naturaleza de ese órgano que los Tribunales administrativos estuviesen autorizados para dictar una decisión por sus propios medios y con la ayuda de expertos y colocarla en el lugar de la resolución de la comisión de examen» (pgs. 203-204). Precisamente K.-A. BETTERMANN, en su nota al Auto del BVerwG de 4 de diciembre de 1974 (citado en este mismo párrafo), critica que el Tribunal no identifique adecuadamente las razones en que se basa para remitir el asunto nuevamente a la Administración, sin distinguir entre la existencia de un margen de apreciación (en cuyo caso está claro que nunca puede sustituir la decisión administrativa) o el simple hecho de que la decisión corresponda a un órgano administrativo «especial».

En la doctrina, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.199, afirman que en muchos casos estos órganos adoptan sus decisiones aplicando conceptos legales indeterminados con un amplio margen de apreciación, lo que impediría en todo caso al Tribunal aplicarlos directamente si la Administración no ha tramitado en absoluto el correspondiente procedimiento. En cambio, SPANNOWSKY, W., en SODAN, H. y J. ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO*, cit., §113.240, estudia el supuesto de los órganos colegiados como un caso más en que el órgano judicial no está capacitado para lograr la «Spruchreife», sin relación con el caso de la discrecionalidad o los conceptos legales indeterminados. También separa ambas figuras SEIBERT, K.: «Die Beachtlichkeit von Fehlern», cit., pg. 474. Con anterioridad, MEYER, K.: «Herstellung der Spruchreife», cit., pg. 77, ya había defendido la tesis de que en estos casos el Tribunal debe limitarse a controlar «a posteriori» las decisiones de la Administración.

62. Así en la Jurisprudencia constitucional sobre el control judicial de las decisiones de comisiones calificadoras de concursos y oposiciones, de la que constituye un buen ejemplo la STC 353/1993 (RTC 1993, 353) (F. 3).

a la prestación, que plazas disponibles. Parte de la doctrina ha sostenido que en estos casos el órgano judicial no puede sustituir a la Administración y decidir qué criterio aplica para repartir esos medios escasos, sino que debe dictar una sentencia-marco y encomendarle la adopción de esa decisión<sup>63</sup>.

Este problema de la capacidad del órgano judicial para resolver sobre el fondo del asunto en aquellos casos en que la Administración no haya tramitado correctamente el procedimiento y por tanto el expediente no proporcione suficiente información, se relaciona también con el de los vicios de forma. Algunas veces los Tribunales administrativos se han negado a entrar a resolver sobre el fondo del asunto y se han considerado limitados a la posibilidad de una sentencia-marco, porque la Administración había omitido un acto de instrucción básico (fundamentalmente, la audiencia personal al solicitante en cuestiones de asilo o de reconocimiento como objetor de conciencia)<sup>64</sup>. En otras ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia sostiene que la participación en el proceso compensa las ilegalidades que se hayan producido durante la tramitación del procedimiento, y decide sobre el fondo del asunto<sup>65</sup>.

A mi juicio, este apurado repaso de las conclusiones de la doctrina y la Jurisprudencia alemana sobre la tarea de «madurar» un asunto para que se pueda dictar

63. En este sentido, vid. KOPP F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.208-209 y SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit», *VVDStRL*, 34 (1976), pgs. 221-274, pgs. 61-63. Analiza este asunto la Sentencia de 8 de febrero de 1980 del BVerwG, publicada en DVBl, 95 (1980), pgs. 922-928.

En la Sentencia de 9 de abril de 1981 del «Verwaltungsgerichtshof» (Tribunal de Apelación) de Baden y Württemberg [DVBl, 96 (1981), pgs. 1011-1012] se utilizan conjuntamente este argumento y el de la separación de poderes, dándose además la circunstancia de que la Sentencia está razonada de un modo especialmente detallado porque se trata de un cambio de Jurisprudencia. El Tribunal considera que un órgano judicial no puede decidir por sí mismo que la forma más adecuada de distribuir los puestos disponibles entre los distintos aspirantes es un sorteo, y llevarlo a cabo, sino que en este caso debe remitir el asunto a la Administración para que decida nuevamente sobre él ateniéndose a las consecuencias de la anulación del acto denegatorio impugnado.

64. Sobre este problema, vid. CREUTZFELDT, M.: «Anhörung von Asylbewerbern vor Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten», *NVwZ*, 1 (1982), pgs. 88-90. El artículo comenta una Sentencia del «Verwaltungsgericht» de Wiesbaden (órgano de primera instancia) de 8 de abril de 1981, anulada después en apelación por el «Verwaltungsgerichtshof» de Kassel, que había sostenido que la audiencia al solicitante de asilo es un requisito imprescindible de la decisión denegatoria del asilo solicitado, de modo que el Tribunal debe anular el acto denegatorio que se haya dictado sin otorgar audiencia al solicitante y devolver el asunto a la Administración, en lugar de compensar en sede judicial las deficiencias del procedimiento (entrevistando directamente al solicitante) y decidir sobre el fondo del asilo. Favorables a esta línea jurisprudencial, SCHLINK, B. y J. WIELAND: «Klagebegehren und Spruchreife», cit.

65. En este sentido, las Sentencias del BVerwG de 25 de julio de 1973 (publicada en la colección oficial BVerwGE, 44, pgs. 17-23) y 5 de noviembre de 1975 (publicada en BVerwGE, 49, pgs. 307-311), ambas sobre la audiencia a objetores de conciencia, y el Auto de 14 de mayo de 1982, sobre petición de asilo [DVBl (1983), pgs. 33-34]. El BVerwG, en una reciente Sentencia de 6 de julio de 1998 [NVwZ, 18 (1999), pgs. 65-67], ha vuelto a ocuparse de un asunto de asilo en que la Administración había denegado la solicitud de asilo sin haber procedido a la entrevista personal del solicitante, trámite formal que la normativa aplicable considera esencial. Frente a la decisión del VG de anular la denegación y devolver el asunto a la Administración, tanto el Tribunal de apelación como el BVerwG entendieron que nada les impedía entrar al fondo del asunto y decidir, aplicando la legislación de asilo, si el demandante tenía derecho a que se le reconociera como asilado.

una resolución sobre el fondo de las cuestiones que plantea, y sobre a quién compete en primer lugar esa tarea cuando los datos que obran en el expediente administrativo no han aclarado suficientemente todos los presupuestos del conflicto jurídico planteado, pone de manifiesto en primer lugar un déficit en la elaboración doctrinal del contencioso-administrativo español, déficit a que ha dado lugar probablemente una excesiva polarización de los debates en torno a la idea de discrecionalidad. Respecto a aquellos casos en que se solicita a la Administración el dictado de un acto *no discrecional*, pero en los cuales no se ha tramitado en la vía administrativa previa el procedimiento legalmente establecido, cuya misión es aclarar si concurren (o no) los presupuestos de la producción del acto solicitado, o bien se asume que el órgano judicial ha de decidir en todo caso si la Administración está obligada o no a dictar ese acto (puesto que no aparece el único posible obstáculo, es decir, la discrecionalidad), o bien no se aborda la cuestión, que resulta así abandonada a las respuestas que surjan en la jurisprudencia. La cual, por otro lado, tiende a devolver estos asuntos sin más a la Administración, sin plantearse la necesidad de justificar o dar cuenta de esta decisión.

Como acabo de decir, hay una afirmación que puede o podría considerarse implícita en parte de la doctrina española, y que consistiría en que, siempre que con la pretensión de condena se solicite la producción de un acto *no discrecional*, y siempre que, naturalmente, se den todos los presupuestos de admisibilidad, el Tribunal tiene que pronunciarse sobre el fondo de la pretensión, es decir, sobre si la Administración tiene o no el deber que constituye la base de la demanda. Las eventuales carencias del expediente y del material probatorio (con el que las partes y el propio órgano judicial pueden completar aquél) podrán llevar a la desestimación de la demanda, pero no a la devolución del asunto a la Administración a través de una sentencia de condena «reducida» o sentencia-marco. Para ese sector doctrinal, esta última posibilidad supondría una vuelta a los excesos del principio revisor, ya que se vendría a reconocer al acto administrativo no como simple presupuesto procesal que se puede entender cumplido con una mera denegación presunta, sino como elemento material imprescindible para un debate sobre el fondo del asunto.

Ahora bien: negar, como creo necesario, el dogma de que el órgano judicial debe pronunciarse siempre y en todo caso sobre la cuestión de fondo suscitada, a no ser que la misma sea de tipo discrecional, no significa reconocer a la Administración el derecho a «adoptar la primera decisión», de tal modo que los Tribunales sólo puedan pronunciarse por la vía del control de decisiones administrativas anteriores<sup>66</sup>. Prueba de ello es la actual jurisprudencia española sobre las pretensiones

66. Como afirma HAUERSEN, F.: «Die Verpflichtungsklage und ihre Bedeutung für Streitigkeiten aus dem Bereich der Leistungsverwaltung», *NJW*, 10 (1957), pgs. 1657-1661 (pg. 1660), para quien la función del órgano judicial de colocar al asunto en las condiciones que permitan la emisión de una decisión sobre el fondo, es una competencia muy limitada, que debe respetar el ámbito decisional propio de la Administración en el que se incluye, como regla general, la potestad de dictar «la primera resolución» sobre la solicitud presentada por el particular, de modo que la intervención judicial se produzca por vía de revisión o control de esa decisión administrativa.

formuladas en relación con actos presuntos derivados del silencio administrativo, según la cual el órgano judicial no puede limitarse a anular ese acto por vicios esenciales del procedimiento (que en estos casos se producen, como es lógico, siempre), sino que debe pronunciarse, si es posible, sobre la cuestión de fondo planteada.

La conveniencia de una distribución funcional adecuada de las tareas entre la Administración y los Tribunales contencioso-administrativos no justifica por sí sola la frustración de un derecho fundamental. El derecho a la tutela judicial efectiva postula, como forma más adecuada de satisfacción, una sentencia sobre el fondo<sup>67</sup>. Dentro de los distintos tipos de sentencias de fondo, no cabe duda de que el más adecuado para la tutela de los derechos e intereses del demandante que formula una pretensión de condena es aquel en que se condena a la Administración a dictar el acto o llevar a cabo la concreta medida solicitada por el demandante. De aquí se deriva un concreto mandato dirigido al juez: decidir, siempre que sea posible, y a la vista del material que se haya aportado a través de los diversos cauces legalmente previstos (remisión del expediente administrativo, pruebas practicadas a instancia de parte, diligencias para mejor proceder), si la Administración está o no está obligada a dictar el acto al que se refiere el suplico de la demanda<sup>68</sup>. También se tutela al particular cuando se dicta una sentencia-marco (en la hipótesis, de la que aquí tengo que partir necesariamente, de que existe un sistema suficiente de ejecución de este tipo de sentencias y de tutela cautelar del beneficiado por ellas), por lo que el mandato que se acaba de señalar no es totalmente incondicionado y puede ceder en ciertos casos en que su cumplimiento literal sería negativo para el funcionamiento del sistema judicial y para una distribución adecuada de las funciones entre Administración y Tribunales<sup>69</sup>. Pero, dado que no existe ningún

67. Como dice la STC 121/1994 (RTC 1994, 121), «constituye doctrina reiterada de este Tribunal que el contenido propio del derecho a obtener tutela judicial efectiva consiste esencialmente en la obtención de un pronunciamiento motivado sobre el fondo de la pretensión ejercitada».

68. Esta tesis no es mayoritaria en Alemania, donde el deber del órgano judicial de lograr que el asunto esté «maduro para sentencia» se apoya normativamente en el principio de investigación de oficio (§86 VwGO). Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, muchos autores entienden que no obliga al Juez a optar por la sentencia de condena, siempre que sea posible, frente a la alternativa de la Sentencia-marco, ya que ambas proporcionan una tutela judicial y ese derecho fundamental sólo garantiza la obtención de algún grado de tutela judicial (la que determine en cada caso el legislador), no necesariamente un grado óptimo de tutela, como he explicado supra, en la nota 15 del Capítulo IV. Vid., en este sentido, MARX, G.: *Das Herbeiführen*, cit., pgs. 136 y ss.

69. Es en este punto donde creo que se deben hacer algunas matizaciones a la tesis sostenida por DESDENTADO DAROCA, E.: en *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid, 1997. Según recuerda esta autora, la jurisprudencia suele negarse a revisar el fondo de aquellas decisiones administrativas emitidas en ejercicio de lo que denomina «discrecionalidad técnica», que, como E. DESDENTADO recuerda, es una categoría jurídica diferente de la discrecionalidad en sentido estricto (pgs. 61 y ss.) y en la que, añado yo, normalmente no hay nada de discrecionalidad, por lo que debería evitarse su uso. El control judicial de la discrecionalidad técnica plantea los problemas que se han ido estudiando en este epígrafe: a pesar de tratarse de juicios técnicos y no políticos o de oportunidad (lo que distingue este supuesto de la discrecionalidad en sentido estricto), la realización de tales juicios y la aplicación de esta clase de conceptos legales exige unas actividades de comprobación normalmente complejas (para las que los órganos judiciales no están preparados, aunque teóricamente podrían llevarlas a cabo mediante pruebas periciales) y que por ley se han atribuido

se decidiera por la sentencia de condena en sentido estricto. En primer lugar, se trata de evitar que el Tribunal se vea sobrecargado por una tarea para la que no está adecuadamente preparado (al revés de lo que le sucede a la Administración). En segundo lugar, hay que evitar que la tramitación judicial del procedimiento administrativo conduzca a una situación de desigualdad entre quienes presentan un recurso contencioso-administrativo (a quienes se aplican los criterios procedimentales que el órgano judicial decida a la vista de las normas aplicables) y los demás sujetos a quienes se han aplicado esas mismas normas, sujetos que quedarían sometidos a la práctica seguida por la Administración y por tanto recibirían un trato diferente.

#### **4. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA DISCRECIONALIDAD COMO OBSTÁCULO A UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO**

Cuando el demandante formula una pretensión de condena, el órgano judicial no puede limitarse a revisar la legalidad del acto impugnado, es decir, de la resolución administrativa con la que se haya denegado la solicitud del demandante. Con más o menos apoyo en esa resolución denegatoria, lo que el Juez o Tribunal debe decidir es si la Administración tiene o no la obligación de actuar cuyo cumplimiento reclama el demandante<sup>70</sup>. Ahora bien: ya hemos visto que el órgano judicial no está siempre en condiciones de llegar a una conclusión definitiva, es decir, de afirmar o negar categóricamente que la Administración tenga ese deber que es objeto de la pretensión de condena. En esos casos, sólo podrá dictar una sentencia-marco, es decir, una sentencia que condene a la Administración a volver a resolver sobre la solicitud del particular (o a hacerlo por primera vez si es que previamente la Administración ha permanecido inactiva). Aunque no el único, el principal supuesto en que se da esa situación es el de las pretensiones de condena relativas al ejercicio de potestades discrecionales.

Cuando la Administración no está obligada a dictar un acto o a darle un determinado contenido, sino que se trata de decisiones discrecionales, el órgano judicial no puede, a instancia de un interesado, condenarla a adoptar una decisión que es sólo una de las opciones incluidas en el margen de discrecionalidad. La razón es clara: la elección de una de esas opciones no es una cuestión exclusivamente jurídica, sino que depende de una valoración de los intereses públicos encomendada a la Administración y que excede de la función judicial de juzgar y ejecutar lo juzgado. En principio, por tanto, y a salvo de excepciones que examinaré a continuación, el órgano judicial debe limitarse a verificar si la resolución adoptada por la Administración es conforme a derecho y, en caso negativo, anularla y condenar

70. Esta obligación judicial de no limitarse al control de legalidad de la actuación administrativa previa es especialmente evidente cuando la pretensión de condena se deduce por la vía del recurso contra la inactividad (art. 29.1 LJCA), pues en este caso no se impugna ningún acto administrativo. El órgano judicial debe controlar la inactividad, puesto que la acción formulada es un *recurso* dirigido contra ella, pero ya he explicado que ese control equivale, en realidad, a verificar si la Administración debe llevar a cabo la actuación solicitada por el demandante.

a la Administración a volver a resolver sobre el asunto, sabiendo que esa nueva resolución puede ser la solicitada por el demandante u otra de las incluidas en el margen de discrecionalidad.

El Derecho alemán tiene asumidas estas reglas básicas. Hemos visto que, con carácter general, los Tribunales administrativos tienen el deber de investigar, incluso de oficio, para poder pronunciarse sobre el fondo de todas las cuestiones debatidas en el proceso («Spruchreife»), evitando en la medida de lo posible tener que devolver el asunto a la Administración para que se pronuncie sobre él por segunda vez. La principal excepción a este deber es el caso de las decisiones discrecionales, como afirman continuamente tanto la jurisprudencia<sup>71</sup> como la doctrina<sup>72</sup>. En general, quien tiene derecho a una determinada prestación o acto de la Administración puede pretender que se condene a ésta a llevar a cabo la actuación correspondiente. Cuando el demandante invoca una norma discrecional, a lo que tiene derecho es a que el Tribunal condene a la Administración a ejercer esa potestad conforme a Derecho («Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung»). El §114 de la VwGO complementa al 113 (que regula con carácter general el contenido de la sentencia) y dispone lo siguiente:

(1) En los casos en que la Administración esté habilitada para actuar discrecionalmente, el Tribunal comprobará también si el acto administrativo, el acto denegatorio o la omisión de un acto administrativo son contrarios a Derecho porque se hayan

71. Vid., en este sentido, las Sentencias del BVerwG de 18 de agosto de 1960 [BVerwGE, 11, pgs. 95-101, esp. 99, y también en DVBl, 76 (1961), pgs. 125-128, con nota de O. BACHOF], de 25 de julio de 1973 [BVerwGE, 44, pgs. 17-23], 5 de noviembre de 1975 [BVerwGE, 49, pgs. 307-311], 7 de octubre de 1980 [BVerwGE, 61, pgs. 45-51, publicada también en DÖV, 34 (1981), pgs. 178-180], 13 de noviembre de 1981 [DVBl, 97 (1982), pgs. 304-306]; o la Sentencia de 20 de febrero de 1992 [BVerwGE, 90, pgs. 18-25, especialmente pg. 24]. En los Tribunales de instancia, vid. el Auto del «Verwaltungsgericht» de Berlín de 6 de abril de 1981 [NJW, 34 (1981), pgs. 1748-1749], en el que el demandante solicitaba que se ordenara a la Administración, a título de medida cautelar positiva previa a la presentación de la demanda (figura prevista en el §123 VwGO), desalojar por la fuerza una vivienda propiedad del demandante, en la que éste pretendía llevar a cabo una obra de reforma previamente autorizada por la Administración y que había ocupada ilegalmente por particulares; el Tribunal partió de la naturaleza discrecional de esa medida y concluyó que, en ausencia de una decisión administrativa previa, no cabía control judicial o la posibilidad de ordenar a la Administración que procediera al desalojo.

72. Vid. BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pgs. 92-97; HAUERSEN, F.: «Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens», *DVBl*, 67 (1952), pgs. 521-524; HUFEN, F.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., §26.22 (pgs. 490-491); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.195 (pg. 1663); SCHMIDT J., en EVERMANN, E.: *VwGO*, cit., §113.41 (pgs. 908-909); MARX, G.: *Das Herbeiführen*, cit., pg. 23; CÖSTER, E. H.: *Kassation, Teilkassations und Reformation*, cit., pg. 86. Para MENDER, C.-F.: *System*, cit., pg. 199, los Tribunales administrativos no pueden suplir en ningún caso la inactividad de la Administración en caso de que ésta haya dejado de tramitar, en todo o en parte, el procedimiento legalmente establecido y por tanto no se disponga de los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión del demandante. Esas actuaciones procedimentales que la Administración ha omitido siguen siendo, para MENDER (cuya obra es anterior en seis años a la VwGO, como ya he notado), actuaciones materialmente administrativas que están vedadas a los órganos jurisdiccionales. MENDER sostiene esta tesis sin distinguir entre el carácter reglado o discrecional de la actuación administrativa de que se trate: si el órgano judicial ni siquiera puede sustituir la actuación reglada de la Administración, menos aún podrá hacerlo con la discrecional.

sobrepasado los límites de la discrecionalidad o porque se haya empleado ésta con una finalidad que no se corresponda con la habilitación (2). La Administración puede completar la fundamentación del acto administrativo, incluso después de la iniciación del proceso<sup>73</sup>.

Los Tribunales administrativos deben limitarse, por tanto, a un control negativo de las decisiones administrativas discrecionales, sin que, una vez anulada esa decisión o en los casos en que la Administración no se haya pronunciado, puedan determinar por sí mismos qué acto debe dictar la Administración de entre los múltiples admisibles dentro del margen de discrecionalidad<sup>74</sup>. Esta forma de con-

73. Para comprender el tenor de este precepto hay que tener en cuenta que el mismo se aplica tanto a las acciones dirigidas a obtener la anulación de un acto administrativo discrecional, como a las acciones de condena con las que se pretende obtener un acto o prestación que dependan de una decisión administrativa discrecional. De ahí la referencia a que el acto denegatorio o la inactividad hayan vulnerado las reglas relativas al ejercicio de potestades discrecionales. Es de destacar que este parágrafo está redactado en sentido positivo: no limita la amplitud del control judicial cuando tenga por objeto actuaciones discrecionales, sino que le abre nuevos cauces («el Tribunal comprobará también»). El §114 codifica los distintos vicios en el ejercicio de la discrecionalidad («Ermessensfehler»), que, como ocurre con las sucesivas aperturas del exceso de poder francés, han sido identificados y desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina. Sobre el control de la discrecionalidad en la doctrina alemana, vid. la completa visión que da BACIGALUPO M.: *La discrecionalidad administrativa*, cit., esp. pgs. 117 y ss., así como BLECKMANN, A.: *Ermessensfehlerlehre*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1997.

Por otro lado, hay que señalar que el segundo inciso del §114, que hace referencia a la facultad administrativa de completar *incluso en sede judicial* la fundamentación de los actos discrecionales, se enmarca en el proceso de reformas legislativas orientado a la llamada «aceleración» de los procedimientos administrativos («Verfahrensbeschleunigung»). En particular, este añadido procede de la Sexta Ley de Modificación de la VwGO, de 1 de noviembre de 1996 (publicada en el «Bundesgesetzblatt», I, pgs. 1626 y ss.). El legislador intenta evitar sentencias anulatorias que no producen otro efecto que el meramente dilatorio, como sucede cuando la causa de la anulación es un vicio que, aunque no sea estrictamente formal, puede ser remediado por la Administración mediante una nueva tramitación del procedimiento, por lo que lo normal es que el acto anulado vuelva a ser dictado (por ejemplo, en materia de obras públicas, aprobación de trazados de infraestructuras, planes urbanísticos y de ordenación del territorio, evaluaciones de impacto ambiental, etc.). En el mismo sentido, una ley paralela a la anterior (la Ley de Aceleración de los Procedimientos Autorizatorios, de 12 de septiembre de 1996, publicada en el «Bundesgesetzblatt», I, pgs. 1354 y ss.) ha reducido los límites temporales de la convalidación de los actos administrativos, admitiéndola también durante el proceso judicial de impugnación de los mismos (§45 *VwVfG*). Sobre esta reforma, vid. mi trabajo «La motivación», cit., pg. 109, texto y nota 30. Acerca de la reforma del §114 y de esta posibilidad de completar durante el proceso judicial la fundamentación de los actos discrecionales, vid. BADER, J.: «Die Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren», *NVwZ*, 18 (1999), pgs. 120-125.

74. En este sentido se pronunció el BVerwG en las Sentencias de 9 de mayo de 1956 (publicada en BVerwGE, 3, pgs. 279-288) y 15 de noviembre de 1956 [DÖV, 10 (1957), pg. 403]. El Tribunal comienza recordando que el hecho de que la Administración no haya tenido en cuenta en su resolución un determinado aspecto jurídicamente relevante no permite al órgano judicial anular sin más el acto impugnado, sino que debe examinar él mismo qué consecuencias jurídicas habría tenido la consideración de ese aspecto, para ver si la misma habría modificado el contenido del acto final o bien si éste es, en cuanto a su resultado, correcto, pues en este último caso no está justificada su anulación. Aquí se manifiesta la peculiaridad de las decisiones discrecionales, como recuerda la segunda de las sentencias citadas: «Según la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 1956, el deber judicial de examen de oficio [“gerichtliche Aufklärungspflicht”] no abarca aquellas circunstancias que sean sólo el fundamento de la decisión discrecional. Como el ejercicio de la discrecionalidad le está vedado al Tribunal, puede limitarse a indagar si esos fundamentos son incorrectos y en ese caso anular la decisión, lo que significa que la Administración tiene que encontrar argumentos correctos [“einwandfreie”] para su nueva decisión discrecional». Vid. también, en este mismo sentido, las Senten-



trol es la aplicable también a los conceptos legales indeterminados dentro del llamado margen de apreciación («Beurteilungsspielraum»)<sup>75</sup>.

El planteamiento institucional del problema es el mismo en Derecho español, donde nos encontramos con una norma, el artículo 71.2 LJCA, que zanja lapidariamente la cuestión al disponer que «[l]os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen *ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados*». Como enseña la propia experiencia del Derecho comparado, los problemas planteados por el control judicial de la discrecionalidad, especialmente cuando ese control se ejerce para resolver sobre una pretensión de condena, son demasiado complejos como para que puedan solucionarse con una norma tan parca, y por otro lado están fuera del alcance del legislador al resultar del juego de diversos preceptos constitucionales: el derecho a la tutela judicial efectiva y el encaje recíproco de la función judicial y de las potestades administrativas (arts. 24.1, 103.1, 106.1 y 117.1)<sup>76</sup>.

Así, y aplicando a problemas concretos estas consideraciones, el artículo 71.2 no menciona el problema del «margen de apreciación» de los conceptos jurídicos

cias del BVerwG de 12 de junio de 1958 (publicada en BVerwGE, 7, pgs. 100-107) y 28 de octubre de 1983 (BVerwGE, 68, pgs. 151-156, especialmente pg. 154), así como, en la doctrina, KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.195 (pg. 1663).

75. Sobre este punto, en nuestra doctrina, vid. BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad*, cit., en especial pgs. 127-161 y 206-211; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pgs. 116-120; BELTRÁN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pgs. 38-42 y 255-261; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid, 1998 (4ª ed.), pg. 137.

Uno de los supuestos en los que se reconoce a la Administración ese margen de apreciación es el de las decisiones basadas en una valoración de riesgos, por ejemplo la autorización de instalaciones peligrosas. Se entiende que la especial responsabilidad de ese tipo de decisiones impide que las pueda adoptar un órgano judicial que conozca de una pretensión relativa a ese tipo de actos administrativos. El control judicial en estos casos dará lugar, todo lo más, a la anulación de la autorización otorgada, pero no a la sustitución de una decisión denegatoria por una positiva o a que el órgano judicial valore si un determinado motivo no tenido en cuenta por la Administración habría podido dar lugar a una decisión negativa o positiva. Un buen ejemplo en la jurisprudencia alemana es la Sentencia del BVerwG de 22 de octubre de 1987, publicada en BVerwGE, 78, pgs. 177-184. Se trataba de la impugnación de la autorización de apertura de una central nuclear, ejemplo máximo de decisión administrativa basada en una ponderación de riesgos. El Tribunal de apelación entendió que la autorización no había tenido en cuenta un factor relevante y procedió a analizarlo con la ayuda de una prueba pericial, llegando a la conclusión de que el mismo no alteraba el resultado final. El BVerwG, aun llegando a la misma conclusión desestimatoria del recurso presentado, afirmó que, de haber factores relevantes no atendidos en la decisión administrativa impugnada, el deber del Tribunal que conozca del recurso es anular la autorización y remitir el asunto a la Administración para que dicte una resolución que tenga en cuenta todos los aspectos del problema (pgs. 180-181).

76. Por otro lado, es ilustrativo comparar el art. 71.2 LJCA y el §114 VwGO, que intentan reaccionar ante el mismo problema y parten de una idea muy similar sobre los límites del control judicial de las decisiones discrecionales (no en vano la terminología y los argumentos manejados en el debate español proceden claramente del Derecho alemán, directa o indirectamente, como es fácil comprobar en esos trabajos y ha mostrado claramente BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad*, cit., pgs. 120-124, 157-161 y 180-181). Mientras que este último está redactado en sentido positivo, indicando a qué aspectos ha de extenderse adicionalmente el control judicial de la actividad administrativa en el caso de las decisiones discrecionales, el 71.2 LJCA es un precepto limitativo, que intenta excluir un control cuyo resultado sea la sustitución del acto impugnado.

indeterminados, ámbito en el cual las decisiones administrativas están sometidas a un control judicial que, en la práctica, equivale al que se ejerce sobre las decisiones discrecionales<sup>77</sup>. Es evidente que este silencio del legislador, que por otra parte es obligado puesto que difícilmente una norma legal puede llegar a perfilar conceptos tan claramente doctrinales como éste, no tiene ninguna trascendencia práctica y no apodera a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para controlar la aplicación de *todos* los conceptos legales indeterminados sin ninguna particularidad (como controlan, por ejemplo, la aplicación de conceptos numéricos como los que determinan la cuota de un impuesto). Sin embargo, habría sido mucho mejor no incluir una norma como el actual artículo 71.2, pues al tratarse de una norma claramente limitativa en el contexto del artículo 71, su interpretación extensiva, aun siendo necesaria, no deja de plantear problemas y podría llegarse en la práctica incluso a un control excesivo de estos conceptos legales indeterminados, razonando «a sensu contrario» a partir del artículo 71.2.

Por otro lado, la actual redacción tajante del artículo 71.2 (que no se corresponde con el tenor del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno) prohíbe sin excepción alguna a los órganos judiciales sustituir el contenido discrecional de los actos anulados y se coloca por debajo del nivel de control de la actuación administrativa (y por tanto de satisfacción de los arts. 24.1 y 106.1 CE) alcanzado por la doctrina y jurisprudencia españolas. (Y también por debajo, dicho sea de paso, del nivel de protección otorgado por el sistema alemán de justicia administrativa.) El legislador ha decidido ignorar que, aunque las decisiones discrecionales están encomendadas a la Administración y los órganos judiciales no pueden, en sus sentencias, y con el pretexto de que la Administración ha dictado un acto contrario a Derecho, decidir ellos mismos cuál debe ser el contenido del acto discrecional, se dan casos en que, por diversas circunstancias, el margen de discrecionalidad se reduce a una sola opción, de modo que, en el momento de dictar sentencia, el órgano judicial puede, sin invadir el ámbito de discrecionalidad encomendado a la Administración, determinar el contenido del acto que ésta debe dictar.

77. Sobre este punto, vid. el repaso de las posiciones sostenidas por la doctrina española en BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad*, cit., pgs. 158-161. Los autores más partidarios de aumentar al máximo el control de la discrecionalidad administrativa (con GARCÍA DE ENTERRÍA a la cabeza) no reconocen abiertamente que la Administración disponga, en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, de un ámbito propio de decisión equiparable (de hecho) a la discrecionalidad, pero se suele reconocer que, al menos dentro del «halo» del concepto indeterminado, la decisión adoptada por la Administración goza de una presunción de acierto que sólo es atacable mediante una prueba en contrario. Lógicamente, esa prueba no puede ser simplemente la opinión del órgano judicial (que sostenga que el concepto indeterminado tiene en realidad un contenido distinto), sino que necesita un fundamento objetivo, como puede ser la falta de lógica de la decisión adoptada por la Administración (arbitrariedad) o los vicios del procedimiento que le ha servido de base. Esto nos remite a un control *negativo*, como el aplicado a la discrecionalidad, lo que excluye que el órgano judicial establezca mediante una simple subsunción el contenido del concepto legal indeterminado y corrija, a partir de este contenido, el acto administrativo impugnado. Un ejemplo práctico del funcionamiento de esta técnica (es decir, de cómo equivale de hecho al control de la discrecionalidad) es la STC 107/1996 (RTC 1996, 107), sobre la Ley Básica de Cámaras de Comercio.

Esta última idea ha sido asumida por la doctrina y la jurisprudencia española bajo la denominación de «agotamiento» o «reducción a cero» de la discrecionalidad, como una técnica procedente del Derecho alemán<sup>78</sup>. El hecho de que el legislador no sólo no la haya recogido en la LJCA, sino que haya aprobado una enmienda para eliminar la mención a la misma que se contenía en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno, no supone ningún obstáculo a su aplicación. En primer lugar, el concepto de reducción de la discrecionalidad es típicamente doctrinal, necesariamente ambiguo y en definitiva poco apropiado para un texto legal. De hecho, no está recogido en la VwGO alemana (a pesar de ser una figura creada en

78. T.-R. FERNÁNDEZ afirma en «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», *REDA*, 83 (1994), pgs. 381-401 (pg. 390), que «[s]ólo excepcionalmente y cuando las circunstancias del caso han reducido con toda evidencia la inicial pluralidad de soluciones teóricamente posibles a una sola, es decir, en los supuestos en que la doctrina alemana habla de reducción "auf Null" del poder discrecional es cuando nuestra Jurisprudencia, empujada por la lógica implacable del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, da el paso final e incluye en la sentencia, junto al pronunciamiento anulatorio de la decisión recurrida, el de condena a la Administración a dictar la única decisión que, dadas las concretas circunstancias del caso, resulta jurídicamente posible». Vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota», cit., pg. 87; PAREJO, L.: *Administrar y juzgar*, cit., pg. 124; BELTRÁN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pgs. 100 y ss. Sobre esta técnica, BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad*, cit., pg. 119, al hilo de la exposición de la discrecionalidad administrativa en Derecho alemán, explica: «Finalmente, en la teoría alemana de los vicios jurídicos de la discrecionalidad ("Ermessensfehlerlehre") se contempla el caso de que —contrariamente a lo que, en principio, parece suponer siempre la atribución de una potestad discrecional— sólo quepa ejercerla en un único sentido conforme a Derecho, por incurrir cualquier otro imaginable en el caso concreto en algún vicio jurídico de los anteriormente señalados. Se habla aquí de una *contracción* o *reducción a cero* de la discrecionalidad ("Ermessensschumpfung" o "Ermessensreduzierung auf Null"), que conlleva, como lógica consecuencia en el plano procesal, la posibilidad de que el Juez contencioso-administrativo emita un pronunciamiento *condenatorio* (y no sólo anulatorio), es decir, no se limite a anular la decisión recurrida, si es distinta de la única conforme a derecho, sino que condena a la Administración a adoptar precisamente ésta (art. 115 VwGO)». SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pg. 57, cita el trabajo de S. GONZÁLEZ-VARAS sobre la Jurisdicción Administrativa alemana y afirma que cuando «lo que se ejercita es una "acción prestacional", por la que se solicita la condena a la Administración a dar o hacer algo, y la Administración tiene discrecionalidad para ello, sólo sería posible que la sentencia fijara el contenido de la condena cuando exista una única solución admisible en derecho, es decir, cuando la discrecionalidad haya quedado reducida a la nada, a decisión reglada». J. TORNOS afirma, en «Discrecionalidad e intervención administrativa económica», pg. 394, nota 7, que «[e]l fallo consistente en imponer a la Administración la adopción de una resolución determinada sólo sería posible, de forma excepcional, cuando se acreditara con total evidencia que sólo cabe una solución en el conflicto planteado, criterio éste que se admite por la generalidad de la doctrina». En la Jurisprudencia pueden mencionarse las Sentencias de 2 de abril de 1991 ó 3 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9538), además de otras que se irán viendo en este epígrafe.

Es una técnica jurídica que los propios autores alemanes consideran típica de su propio Derecho (así en BLECKMANN, A.: *Ermessensfehlerlehre*, cit., pg. 205) y que contraponen a la mayor condescendencia del Derecho francés con las autoridades administrativas y su margen de discrecionalidad. En la bibliografía más reciente se pueden encontrar algunos trabajos referidos a ella: DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung, Fallgruppen, Systemüberlegungen und Prüfprogramm», *VerwArch*, 86 (1995), pgs. 214-234; HAIN, K.-E., V. SCHLETTE y T. SHMITZ: «Ermessen und Ermessensreduktion — ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht», *AöR*, 122 (1997), pgs. 32-64; WILKE, D.: «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten im Polizei-, Ordnungs- und Baurecht», en *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scapin zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1983, pgs. 831-844. La reducción de la discrecionalidad aparece mencionada en casi todos los trabajos sobre el sistema de pretensiones en la jurisdicción administrativa: vid., por ejemplo, ENGELHARD, H.: «Anfechtungsklage-Vornahmeklage», cit., pg. 1378.

ese Derecho y muy consolidada en él) y tampoco se plantearía siquiera su incorporación a la LJCA si el legislador no hubiese incluido un precepto como el artículo 71.2, que también es más propio de un manual que de una ley.

Además, la reducción de la discrecionalidad surge por sí sola del ajuste recíproco de los ámbitos competenciales judicial y administrativo y no de una norma positiva concreta. Por tanto, el silencio del legislador no impide en absoluto su aplicación. Con un mínimo esfuerzo de interpretación del artículo 71.2 de acuerdo con la CE, se llega a la conclusión de que el carácter discrecional de una determinada potestad administrativa sólo puede impedir a un órgano judicial decidir sobre su uso correcto (y por tanto satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de quien ha formulado la pretensión, porque los Tribunales sólo fiscalizan el ejercicio de potestades discrecionales como medio para la satisfacción de pretensiones) en la medida en que efectivamente subsista, en ese caso concreto y en el momento de dictar sentencia, un margen de discrecionalidad. En caso de que, dadas las circunstancias del caso, dicho margen (aun siendo reconocido por las normas aplicables) se haya agotado, la discrecionalidad deja de operar como límite al control judicial y la sentencia puede condenar a la Administración demandada a dictar un acto administrativo concreto sin extralimitarse o invadir las competencias de la Administración.

Una vez se ha justificado que el silencio de la LJCA no afecta a la operatividad de la técnica de la reducción de la discrecionalidad en nuestro Derecho, trataré de explicar cómo funciona esta técnica para hacerla más concreta y predecible, superando la tendencia, frecuente entre nosotros, a limitarse a su mera mención y a remitirse a las peculiaridades de los casos concretos<sup>79</sup>. Para ello habrá que acudir en primer lugar al Derecho alemán, en el que se ha formado esta figura jurídica<sup>80</sup>.

El propio concepto de reducción de la discrecionalidad indica claramente en qué consiste. Expresado en términos dogmáticos, se puede decir que, ante las potestades discrecionales de la Administración, los interesados tienen derecho a que esa discrecionalidad se ejerza de forma jurídicamente correcta (y pueden acudir a los Tribunales para hacer valer esa pretensión), pero no tienen derecho a que, de entre todas las opciones incluidas en el margen de discrecionalidad, la Administración se decida por una concreta de ellas. La reducción de la discrecionalidad consiste en la transformación o fortalecimiento de la posición jurídica del particular frente al ejercicio de la discrecionalidad. Su derecho a un ejercicio correcto de la discrecionalidad se transforma en un derecho a un acto administrativo determinado, porque cualquier otra opción sería contraria a derecho<sup>81</sup>.

79. Así, en BAGIGALUPO, M.: *La discrecionalidad*, cit., pg. 211, o FERNÁNDEZ, T.-R.: «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», cit., pg. 390.

80. De todas formas, tampoco en Alemania se dispone de una elaboración completa de la reducción de la discrecionalidad, como habrá ocasión de comprobar y como reconocen algunos autores: vid. GERN, A.: «Die Ermessensreduzierung auf Null», *DVBl* (1987), pgs. 1194-1199. (pg. 1194), y DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pg. 216.

81. En este sentido, BAGIOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pg. 93; ENGELHARD, H.: «Anfechtungsklage-Vornahmeklage», cit., pg. 1378; PFEIFER, H.: «Streitgegenstand bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen», cit., pg. 658; ULE, C. H. y H.-W. LAUBINGER: *Verwaltungsverfahren*

La reducción de la discrecionalidad permite al Tribunal dictar una sentencia de condena en sentido estricto en lugar de una sentencia-marco<sup>82</sup>. Por tanto, resulta innecesario que la Administración vuelva a tramitar un procedimiento para determinar qué resolución dicta en resolución de la anulada, y el demandante obtiene una respuesta segura desde el momento en que se dicta la sentencia, sin tener que esperar a una segunda decisión administrativa<sup>83</sup>. Por otro lado, en cuanto supone alterar el rasgo más destacado de la discrecionalidad administrativa (la atribución a la Administración de un margen de decisión que sólo a ella corresponde ejercer), la reducción debe ser considerada excepcional y por tanto necesitada de una especial argumentación justificativa<sup>84</sup>. Hay que tener en cuenta, ade-

*srecht*, cit., §55.7 (pg. 543); MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., §7.24-25 (pgs. 128-129); FORSTHOFF, E.: *Lehrbuch*, cit., pg. 95; REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.40-41 (pg. 690); OBERMAYER, K.: *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*. Neuwied, 1999 (3ª ed.), §40.50 (pg. 842); WOLFF, H. J., O. BACHOF y R. STÖBER: *Verwaltungsrecht I*. München, 1994 (10ª ed.), §31-54-55; FABER, H.: *Verwaltungsrecht*, 1992 (3ª ed.), §28 II a) 4.

82. La dogmática alemana explica la reducción de la discrecionalidad como un hecho que transforma la posición jurídica del demandante, dándole derecho a obtener una Sentencia en que se indique a la Administración qué conducta concreta ha de seguir. Normalmente, cuando la Administración es titular de una potestad discrecional cuyo ejercicio va a afectar a los derechos de un particular, éste tiene a su vez un derecho *formal* (es decir, un derecho instrumental al servicio de sus derechos materiales afectados por la actuación administrativa discrecional) a que la Administración ejerza la discrecionalidad conforme a derecho, lo que le permite impugnar los actos discrecionales y obtener su anulación si en ellos no se han respetado los límites jurídicos de la discrecionalidad. A lo que no tiene derecho el particular es a que la Administración dicte un acto concreto, pues la elección de una u otra de las opciones incluidas en el margen de discrecionalidad le corresponde a ella. Ese derecho formal a un ejercicio correcto de la discrecionalidad se denomina «Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens»: vid. BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pg. 46. En la doctrina española han explicado este concepto GONZÁLEZ-VARAS, S.: *Problemas procesales*, cit., pgs. 98 y ss. Cuando la discrecionalidad «se reduce a cero», la Administración debe dictar un acto determinado, sin margen alguno de elección, pues cualquier otra alternativa sería ilegal. En ese caso, el derecho del particular a que la Administración actúe conforme a Derecho se extiende, lógicamente, a que el Tribunal condene a la Administración a dictar ese acto al que se ha reducido el margen de discrecionalidad, puesto que el Tribunal puede hacerlo sin salirse de su función estrictamente jurídica. En la doctrina se lleva explicando esta transformación desde los primeros trabajos sobre la jurisdicción administrativa en la postguerra: vid. HAUEISEN, F.: «Das formelle subjektive Recht», cit., pg. 524. La jurisprudencia recogió muy temprano estas ideas. Así, la Sentencia del OVG de Münster de 13 de enero de 1955 (publicada en *Entscheidungen der OVwG für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg*, Münster Westfalen, 1957) dice que hay reducción de la discrecionalidad y el Tribunal debe dictar una sentencia de condena «cuando la decisión discrecional que se debe adoptar tras la anulación del acto administrativo discutivo, no puede tener varios contenidos posibles (como suele suceder con las decisiones discrecionales) sino sólo uno, que coincide con el solicitado en la pretensión; es decir, cuando cualquier otra decisión discrecional sería ilegal». Esta formulación se recoge en muchas otras Sentencias del BVerwG, como la de 12 de julio de 1963 (BVerwGE, 16, pgs. 214-219, pg. 214), 23 de noviembre de 1967 (BVerwGE, 28, pgs. 233-240, pg. 238) o 14 de marzo de 1984 (BVerwGE, 69, pgs. 90-95), y de otros Tribunales, como la del OVG de Münster de 17 de mayo de 1983 [NJW (1984), pgs. 883-885].
83. En este sentido, la reducción de la discrecionalidad favorece al demandante, dando un contenido más amplio a su derecho a la tutela judicial, pero también a la economía procesal, ya que elimina la posibilidad de que la Jurisdicción Administrativa tenga que volver a ocuparse del asunto en caso de que la Administración no cumpla la sentencia-marco o su nueva decisión también plantee problemas. En este sentido, SCHMIDT, J.: «Comentario al §113», en EYERMANN, E.: *VwGO*, cit., pgs. 908-909 (número marginal 41), y DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pg. 215.
84. Vid. DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pg. 216; BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtli-*

más, que la reducción de la discrecionalidad puede no ser completa. En muchos casos, la Administración está habilitada para decidir discrecionalmente si actúa o no actúa (discrecionalidad en el «an», o bien «Entschließungsermessen») y también, en caso de que decida intervenir, para determinar qué acto dicta (discrecionalidad en el «quomodo» o «Auswahlermessen»)<sup>85</sup>. Puede ocurrir que la reducción afecte sólo a la discrecionalidad en el «an», de modo que el órgano judicial esté en condiciones de declarar que la Administración está obligada a actuar (porque en ese caso concreto la no actuación, que normalmente es una de las opciones incluidas en el ámbito de discrecionalidad, sería contraria a derecho), pero no de condenar a la Administración a llevar a cabo una actuación concreta, por lo que sigue siendo inevitable una sentencia-marco y la tramitación de un nuevo procedimiento administrativo<sup>86</sup>.

## 5. LA DOCTRINA DEL AGOTAMIENTO DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL DERECHO ALEMÁN

Si se observan atentamente los diversos supuestos en que la práctica alemana reconoce que se da una reducción de la discrecionalidad, se llega a la conclusión de que el elemento común a todos ellos y decisivo es que la norma habilitante de la discrecionalidad entra en colisión, en ese caso concreto, con otras normas o con otros hechos que hacen que, aunque la decisión administrativa se tome en ejercicio de una potestad formalmente discrecional, en ese supuesto específico sólo quepa una solución conforme a derecho<sup>87</sup>.

*che Klage*, cit., pg. 93; DIETLEIN, J.: «Der Anspruch auf polizei- oder ordnungsbehördliches Einschreiten – Zu den dogmatischen Grundlagen des drittschützenden Charakters der polizei- und ordnungsbehördlichen Generalklauseln», *DVBt*, 106 (1991), pgs. 685-691 (pg. 691); RENNERT, K.: «Comentario al §114», en EYERMANN, E.: *VwGO*, cit., pg. 949 (número marginal 32); WILKE, D.: «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten», cit., pg. 831 (quien destaca que la reducción de la discrecionalidad sólo se reconoce en casos excepcionales); SACHS, M., en STELKENS, P., H. J. BONK y M. SACHS (Hrsg.): *VwVfG*, cit., §40.21 (pg. 841). Subraya la misma idea la Sentencia del BVerwG de 18 de agosto de 1960 (publicada en BVerwGE, 11, pgs. 95-101, en especial pg. 97), que ha tenido mucha influencia en la jurisprudencia posterior. Entre nosotros, vid. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pg. 160.

85. Vid. una exposición de estos conceptos en la doctrina alemana en BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad*, cit., pg. 117, así como en una de las monografías clásicas sobre la discrecionalidad, GIANNINI, M. S.: *Il potere discrezionale*. Milano, 1939, pgs. 72-81.

86. Vid. DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pgs. 232-233, y WILKE, D.: «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten», cit., pg. 844, así como, entre nosotros, PAREJO, L.: *Administrar y juzgar*, cit., pg. 124. En estos casos no se puede hablar en rigor de «reducción a cero» de la discrecionalidad, sino en todo caso de reducción a un grado inferior.

87. Como afirman O. BACHOF: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pg. 93; *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, pgs. 227-228; DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pgs. 225 y 229, y GERN, A.: «Die Ermessensreduzierung auf Null», cit., pg. 1194. Entre nosotros, ése es el significado con el que da cuenta de la reducción de la discrecionalidad GONZÁLEZ-VARAS, S.: en *Problemas procesales*, cit., pg. 103 (texto y nota 173). L. PAREJO expresa la misma idea al dar cuenta de la figura en el Derecho alemán: «Excepcionalmente, la situación fáctica concreta del caso a que se refiera la actuación administrativa puede (por sus características) determinar una reducción sensible e, incluso, total de la discrecionalidad, de suerte que, aunque ésta exista (y subsista) en el plano normativo, queda enervada en el supuesto específico de que se trata» (*Administrar y juzgar*, cit., pg. 124). En el mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pg. 159: «el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a

En este sentido, la reducción de la discrecionalidad es una técnica más de control de la discrecionalidad<sup>88</sup>. Del mismo modo que el control de los supuestos de hecho, o la desviación de poder, o el principio de interdicción de la arbitrariedad, la «reducción» sirve para identificar los límites de la habilitación administrativa discrecional y por lo tanto permite detectar la ilegalidad de aquellos actos administrativos que, aunque aparentemente cubiertos por el ejercicio de una potestad discrecional, en realidad exceden del marco de ésta. Lo único específico de esta técnica de control de la discrecionalidad sería su consecuencia, puesto que no sólo conlleva la anulación del acto, sino que también permite determinar cuál es el único modo jurídicamente correcto de ejercer la potestad discrecional, y por lo tanto condenar a la Administración a dictar ese acto, siempre que se haya formulado una pretensión en este sentido y se cumplan todos los demás requisitos<sup>89 y 90</sup>.

Gran parte de los supuestos de reducción de la discrecionalidad que se han identificado en Derecho alemán se refieren a la actividad administrativa de policía, en la que se reconoce que la decisión de la Administración de intervenir coactivamente para imponer a los particulares el cumplimiento de una determinada norma es una decisión discrecional<sup>91</sup>. Aquí se incluyen supuestos como la disciplina urba-

adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en realidad se llegue a la conclusión, mediante el razonamiento jurídico, de que sólo hay una solución posible en derecho. Pero esto equivale a decir que la decisión a adoptar en el caso no era discrecional, sino reglada (como vimos que se entiende en el Derecho alemán)».

88. Con todo, es necesario advertir que parte de la Jurisprudencia emplea la expresión «reducción de la discrecionalidad» como concepto genérico para referirse a todas las técnicas que permiten controlar la actuación administrativa discrecional, aunque sólo lleven a un control negativo [Sentencias de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990, 989), 10 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6953) o 29 de enero de 1985 (Botella Taza)], y lo mismo estudios doctrinales como el de NIETO, A.: «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», *RAP*, 44 (1964), pgs. 147-162.

89. Pero si la reducción de la discrecionalidad sólo una técnica de control de la discrecionalidad, no tiene sentido estudiarla al hilo de las pretensiones de condena, es decir, como si se tratase de un problema procesal administrativo. La reducción de la discrecionalidad así entendida no es un tema del contencioso-administrativo porque esa reducción no se produce durante el proceso, sino que es consecuencia de que sean aplicables una serie de normas al caso concreto planteado, y esas normas debe aplicarlas ya la Administración en el procedimiento. Cuando el particular presenta su solicitud o cuando la Administración decide iniciar el procedimiento, ya se ha producido la reducción de la discrecionalidad (otra cosa es que la Administración la reconozca y resuelva de conformidad con ella). Si esta forma de control de la discrecionalidad se estudiase como una parte del contencioso-administrativo, habría que tratar todos los temas del Derecho administrativo dos veces, una en el lugar correspondiente del Derecho material y otra en el contencioso-administrativo, puesto que todas las instituciones pueden, en principio, aparecer en un proceso y en una Sentencia.

90. Recuérdese que lo característico de la mayoría de las «técnicas» de control de la discrecionalidad, y especialmente de los principios generales del Derecho o reglas como la de interdicción de la arbitrariedad, es que sus efectos son sólo negativos, es decir, convierten en ilegales aquellos actos que los vulneren pero no permiten por sí solas averiguar en qué acto concreto se debe traducir el ejercicio lícito de una potestad discrecional. Vid. por todos BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad*, cit., pgs. 206-211.

91. Sobre este punto vid., por todos, VOGEL, K., en DREWS, WACKE, VOGEL y MARTENS: *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*. Köln, etc., 1986 (9ª ed.), pgs. 370-405 (la reducción de la discrecionalidad se estudia en las pgs. 396-405). Específicamente sobre la reducción de la discrecionalidad en estos casos, DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pgs. 216-220; SARNIGHAUSEN, H.-C.: «Zum Nachbaranspruch auf baubehördliches Einschreiten», *NfW*, 46 (1993), pgs. 1623-1628; MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pg.

nística (órdenes de demolición de construcciones ilegales, por ejemplo), la represión de actividades que vulneran la normativa vigente en materia de ruidos, la actuación contra prácticas restrictivas de la competencia, etc. En todos estos casos se reconoce que la mera realización de una conducta ilegal, aunque haya sido puesta en conocimiento de la Administración a través de una denuncia, no obliga a ésta a intervenir para restablecer la legalidad y, en su caso, imponer una sanción, sino que la Administración dispone de un margen de discrecionalidad que le permite, entre otras cosas, distribuir los medios limitados de que dispone en función de la relevancia de las distintas conductas ilegales que se producen o de otras circunstancias que deba tener en cuenta de acuerdo con la normativa aplicable.

La reducción de la discrecionalidad se debe a que la jurisprudencia ha reconocido que existen determinados supuestos en los que esa discrecionalidad queda limitada a una sola opción, de modo que la Administración está obligada a *no* actuar, o bien está obligada a actuar o bien (en el caso extremo y más difícil, como se vio en el epígrafe anterior) está obligada a llevar a cabo una actuación concreta y determinada<sup>92</sup>.

462 (§19.16); OSSENBUHL, F.: «Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum», *DÖV*, 29 (1976), pgs. 463-471.

A esta discrecionalidad se ha referido en nuestra doctrina NIETO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pg. 143; vid. también mi comentario «La desigualdad», cit., pgs. 216-220.

92. Como indican VOGEL, K.: *Gefahrenabwehr*, cit., pgs. 397-398, y BUSCH, J.-D., en KNACK, H. J.: *VwVfG*, Köln, etc., 1998 (6ª ed.), §40.10.3.2. (pg. 667), las primeras Sentencias que reconocieron la reducción de la discrecionalidad fueron dictadas por Tribunales civiles, que conocen de estos asuntos en virtud de su competencia en materia de responsabilidad civil del Estado, en casos en que se imputaba un daño a la Administración (por ejemplo, los daños producidos por la explosión de sustancias almacenadas ilegalmente en un establecimiento comercial), debido a que ésta no había actuado para evitar una situación de riesgo. La responsabilidad exige que se haya producido una actuación administrativa ilícita («Amtspflichtverletzung»). En principio, la decisión administrativa de no actuar no es ilícita, porque la actuación policial es discrecional. Sólo cuando se produzca una reducción de la discrecionalidad se podrá determinar con exactitud si la conducta seguida por la Administración fue legal o ilegal. La Jurisprudencia administrativa comenzó a conocer de estas cuestiones (y a seguir la línea marcada por los Tribunales civiles) a partir de 1945, es decir, cuando la «refundación» del sistema de justicia administrativa y la introducción de nuevas pretensiones no ligadas necesariamente a la presencia de actos administrativos permitieron plantear ante los Tribunales administrativos las cuestiones derivadas de la inactividad policial de forma directa, mientras que antes la única vía de reacción era la acción de responsabilidad (de la que siguen conociendo los Tribunales civiles). Una de esas Sentencias pioneras de la jurisprudencia civil es la de 22 de diciembre de 1952 del BGH (publicada en «Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland», 5, pgs. 319-321). El demandante formuló una pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual contra la Administración a raíz de la explosión de una mina abandonada en un jardín, como consecuencia de la cual murieron dos personas. La policía había desoído las múltiples denuncias previas de las propietarias del jardín para que procediera a desactivar o retirar el objeto sospechoso. La Administración demandada alegó la discrecionalidad policial para justificar su falta de atención a las denuncias, por lo que no se podría derivar ningún tipo de responsabilidad de esa actuación lícita. El Tribunal reconoció esa discrecionalidad, pero afirmó que «el ejercicio de esta discrecionalidad está sometido a límites que se pueden derivar de las circunstancias del caso concreto. En una situación de peligro inminente para bienes jurídicos fundamentales, la policía debe intervenir para evitar esos riesgos y no puede invocar la discrecionalidad de que es titular con carácter general» (pg. 320). Por otro lado, cuando la doctrina alemana estudia este problema no sólo destaca el avance que supone la técnica de la reducción de la discrecionalidad, sino también otro cambio cualitativo que consiste en reconocer que las normas de policía, es decir, las que imponen determina-



¿Cuáles son esos títulos que dan lugar a la reducción de la discrecionalidad? El supuesto que dio origen a la teoría es aquel en que la conducta ilegal a que la Administración puede poner fin con una actuación limitativa discrecional no sólo afecta o perjudica de algún modo a intereses privados de terceros, sino que coloca en un riesgo relevante bienes jurídicos de la máxima importancia (especialmente la vida o la salud). En ese caso, la discrecionalidad de que goza normalmente la Administración queda reducida a una sola posibilidad, la de intervenir, porque toda otra opción sería necesariamente contraria a derecho al carecer de justificación<sup>93</sup>.

A partir de aquí, la Jurisprudencia más reciente ha aislado otros casos en que la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de sus potestades de policía desaparece o bien queda reducida de tal modo que la Administración está obligada actual salvo que se dé una situación especial, debidamente motivada. Así ocurre, por ejemplo, cuando se solicita a la Administración que ordene la demolición de un edificio construido al amparo de una licencia que ha sido anulada en vía judi-

das limitaciones a la actividad de los particulares (en materia urbanística, de medidas de seguridad, horarios, etc.) y habilitan a la Administración para exigir coactivamente su cumplimiento, no sólo tutelan los intereses públicos de cuya satisfacción se trate en cada caso, sino que en ocasiones tutelan también los intereses de determinados particulares beneficiados por la aplicación de esas normas (los vecinos, etc.), por lo que éstos pueden ser titulares de un derecho subjetivo al cumplimiento de las mismas y por tanto estar legitimados para demandar ese cumplimiento ante los Tribunales administrativos. Se puede ver una explicación de esta evolución jurisprudencial en BACHOF, O.: «Anmerkung» a la Sentencia de 18 de agosto de 1960 del BVerwG, DVBl, 76 (1961), pgs. 128-132, o RUPP, H. H.: *Grundfragen*, cit., pgs. 268-269. Como se ha explicado *supra*, en el Capítulo IV, nuestro concepto de interés legítimo como título legitimador para la formulación de todo tipo de pretensiones ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ahorra de antemano esta discusión y además supone un criterio de acceso al contencioso más abierto.

93. Es el caso de la ya mencionada Sentencia del BVerwG de 18 de agosto de 1960. Esta jurisprudencia trae causa de diversas sentencias de los Tribunales civiles que son anteriores a la aprobación de la GG, y el propio JELLINEK, W. (*Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, 3ª ed., pgs. 432 y ss.) teorizó este supuesto como el «límite inferior» de la actividad de policía (correlativo a los límites máximos a que también está sometida), que entra en juego cuando se alcanza un determinado nivel de «peligrosidad» o «nocividad» («Schädlichkeit»). Tras la aprobación de la GG, esta figura ha pasado a tener un apoyo constitucional más sólido, pues tal forma de reducción de la discrecionalidad no es sino un caso particular de la institución de los «deberes de protección» («Schutzpflichten») que los derechos fundamentales imponen al Estado. Vid. HESSE, K.: *Grundzüge*, cit., pgs. 155-156. En este caso se puede comprobar que se aplica el mecanismo que explica, a mi juicio, la reducción de la discrecionalidad en Derecho alemán: dicha reducción se debe a que el Tribunal interpreta y aplica la norma habilitante de la discrecionalidad en relación con otras que también regulan el caso concreto (aquí esas otras normas son los derechos fundamentales), de lo que resulta la desaparición del margen de discrecionalidad.

Este supuesto ha encontrado recientemente un nuevo campo de aplicación. Determinadas leyes de «desregulación» han eliminado para ciertas actividades clasificadas o para su modificación el requisito de la autorización administrativa previa (modificación de los §§15 y 16 de la «Bundesimmissionsschutzgesetz»). En estos casos, la doctrina entiende que los particulares que puedan resultar afectados por los peligros o molestias generados por esas actividades en caso de que no se ajusten a las normas aplicables, tienen derecho a que la Administración intervenga, ya que su discrecionalidad queda reducida a cero en esa situación especial, en que la actividad denunciada ni siquiera cuanta con la apariencia de legalidad que le proporcionaría el haber sido autorizada previamente. Vid. DEGENHART, C.: «Genehmigungsfreies Bauen und Rechtsschutz des Nachbarn», *NJW*, 49 (1996), pgs. 1433-1439 (pg. 1438).

cial<sup>94</sup>. Otra línea jurisprudencial aún más favorable a la reducción de la discrecionalidad sostiene que, siempre que la actuación de disciplina urbanística que se solicita a la Administración permita (junto a la consecución de objetivos de interés público) tutelar derechos de un particular (por ejemplo, cuando un propietario solicita el derribo de una construcción ilegal que le priva de luz o vistas), la regla general es la reducción de la discrecionalidad, es decir, la obligación de intervenir, y sólo excepcionalmente y con una motivación adecuada se podrá aceptar que la Administración decida no actuar<sup>95</sup>.

Otra causa de reducción de la discrecionalidad, de ámbito más amplio que las anteriores, es la vinculación al precedente administrativo, que puede hacer que, en ausencia de una motivación adecuada, toda decisión que rompa con ese precedente sea contraria a derecho, a pesar de que se dicte en el ejercicio de una potestad discrecional y su contenido sea una de las opciones incluidas en principio en el ámbito de esa potestad<sup>96</sup>. También la aplicación de normas de rango superior,

94. Exponen estos casos DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pg. 217, y WILKE, D.: «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten», cit., pg. 841.

95. Esta Jurisprudencia supone una alteración de la carga de la prueba, según indica WILKE, D.: «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten», cit., pg. 842, y va más allá de los supuestos originales de reducción de la discrecionalidad porque no exige que estén en juego «bienes de importancia fundamental» (pg. 841). Esa inversión de la carga de la prueba (empleada esta expresión de forma gráfica y no precisa, se entiende), se debe a que, en la situación normal de la discrecionalidad, la Administración puede optar por cualquiera de las posibilidades incluidas en su margen de discrecionalidad y eso es lo único que debe probar, es decir, que el contenido del acto que decide dictar está incluido en el citado margen de discrecionalidad. En cambio, en este supuesto de reducción la Administración tiene que justificar por qué no dicta aquel acto que, como regla general, está obligada a dictar, y se decide por otra de las opciones incluidas en el margen de discrecionalidad. De acuerdo con la terminología alemana, esto supone transformar una habilitación discrecional de tipo opcional («Kann-Vorschrift») en otra del tipo «regla-excepción» («Soll-Vorschrift»); se puede ver una explicación en MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., §7.10-11 (pg. 123). De todas formas, hay que tener en cuenta que, como intenté mostrar en *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid, 1998, pgs. 200 y ss., la obligación del órgano que dicta un acto discrecional de «tener en cuenta» las alegaciones presentadas en el procedimiento en defensa de los intereses públicos y privados afectados (intereses secundarios) significa que ese órgano debe justificar en todo caso, de acuerdo con criterios objetivos, la superioridad de la solución adoptada sobre las alternativas propuestas por los representantes de esos intereses.

DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., da cuenta de esta Jurisprudencia (pgs. 218-220) pero considera que la misma altera de tal modo el esquema normal de la discrecionalidad y extiende tanto la reducción, que no puede ser aceptada al pie de la letra (pgs. 232-233). De hecho, la Sentencia del BVerwG de 25 de febrero de 1969, publicada en DVBl, 84 (1969), pgs. 586-587, cita el trabajo de VOGEL, K. en *Gefahrenabwehr* para afirmar que no basta una mera molestia o perjuicio a un particular («Belästigung») para que se reduzca la discrecionalidad, sino que es necesario un peligro para los bienes afectados. Se puede ver otra exposición en SARNIGHAUSEN, H.-C.: «Zum Nachbaranspruch», cit., pg. 1628. Como ejemplos de esta jurisprudencia se pueden citar las Sentencias del OVG de Saarlouis de 22 de octubre de 1982 [publicada en NVwZ, 2 (1983), pg. 685], la del OVG de Münster de 17 de mayo de 1983 [NJW, 37 (1984), pgs. 883-885] o la de este mismo Tribunal de 27 de noviembre de 1989 [BauR (1990), pgs. 341-343].

96. En este sentido DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pg. 223; OSSENBÜHL, F., en ERICHSEN, H.-U. (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pgs. 208-209 (§10.19-21); BACHOF, O.: *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pgs. 95-97. Un ejemplo de aplicación de esta regla es la Sentencia del BVerwG de 28 de abril de 1978, NJW, 32 (1979), pg. 561, en la que se condena a la Administración a respetar, en un acuerdo expropiatorio, los criterios utilizados en un acuerdo anterior análogo.

como los derechos fundamentales o el Derecho comunitario, pueden dan lugar a la reducción de la discrecionalidad<sup>97</sup>.

El estudio de la reducción de la discrecionalidad en Derecho alemán produce fácilmente una cierta decepción, sobre todo tratándose de una etiqueta a la que se encomienda en Derecho español la solución última de la tan discutida cuestión de la «sustituibilidad» del contenido discrecional de los actos administrativos. Se trata de una técnica demasiado ceñida a unos supuestos concretos de discrecionalidad, supuestos en los que, por añadidura, el Derecho español suele partir (al menos nominalmente) de que no hay discrecionalidad. Por otro lado, y como sucede necesariamente en una materia tan estudiada como la discrecionalidad, algunas de las supuestas novedades de esta técnica no son sino una forma distinta de presentar métodos de control de la discrecionalidad ya conocidos. En definitiva, lo que se hace es poner de manifiesto cuáles son los límites de la habilitación discrecional concedida a la Administración, pues sólo dentro de ellos dispondrá ésta de un margen decisonal propio. Así, en el supuesto típico de discrecionalidad «policia» reducida por la presencia de un peligro grave para la vida o la salud de las personas, lo que lleva a cabo la doctrina es una interpretación más exacta de la norma habilitante de la discrecionalidad, en el contexto de los derechos fundamentales, interpretación de la que se deriva necesariamente que ese supuesto de riesgo queda fuera del ámbito en que se ha concedido a la Administración la potestad de decidir si actúa o no. Lo mismo cabe decir del precedente, que también puede ser estudiado desde la óptica de la interdicción de la arbitrariedad.

En definitiva, la reducción de la discrecionalidad al modo alemán no cumple, vista de cerca, la función que se le imputa en los múltiples trabajos doctrinales españoles que, como hemos visto, se remiten a ella. Esa función no es otra que determinar cuál es la única opción conforme a Derecho de entre las múltiples incluidas en el marco de una potestad discrecional. O, dicho con otras palabras, hacer posible no un simple control negativo (o anulatorio) del ejercicio de dicha potestad, sino un control positivo, que se plasme en una sentencia de condena<sup>98</sup>.

Lo que ocurre en los distintos supuestos que la doctrina alemana agrupa bajo la etiqueta de reducción de la discrecionalidad es que *no hay discrecionalidad*, que la actuación administrativa es, pese a las apariencias, reglada, y que nada impide al órgano judicial hacer lo que casi siempre es posible ante la actividad administrativa reglada, es decir, indicar a la Administración qué acto debe dictar o qué actuación material está obligada a llevar a cabo.

Además, en algunas de sus facetas la reducción de la discrecionalidad no se ajusta a esa expresión, sino que consiste en una simple alteración de la carga de la prueba, como he subrayado antes. Ello significa que la Administración debe llevar a cabo un esfuerzo argumental más elevado si quiere justificar una determinada solución o acto, lo que puede llevar a la anulación de los actos discrecionales que

97. Vid. DI FABIO, U.: «Die Ermessensreduzierung», cit., pgs. 226-228.

98. Como sostiene, entre nosotros, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pgs. 159-160.

se hayan dictado sin cumplir esta exigencia, pero no veo por qué debe llevar al agotamiento de la discrecionalidad y a justificar una sentencia de condena, puesto que habrá casos en que el Tribunal no pueda decidir, a la vista del expediente y sin dar a la Administración la oportunidad de resolver nuevamente sobre el asunto, si se dan o no las circunstancias más o menos excepcionales que es necesario que concurren para que se pueda dictar una decisión como la que la Administración quiere adoptar<sup>99</sup>.

Por otro lado, este agotamiento de la discrecionalidad («rectius», inexistencia en el caso concreto) no tiene nada que ver con el proceso contencioso-administrativo, puesto que se deriva directamente de las circunstancias fácticas del supuesto de hecho (es decir, de que esas circunstancias hacen que tal supuesto no encaje en la habilitación discrecional), de tal modo que se produce ya antes de que la Administración dicte el acto impugnado. No hay, por tanto, ninguna razón para estudiarlo al hilo del contenido posible y necesario de las sentencias de condena<sup>100</sup>.

99. Supongamos que la Administración dicta contra un particular un determinado acto de gravamen (por ejemplo, se niega a renovar una autorización demanial) a partir de una serie de razones y en ejercicio de lo que ella considera que es una potestad discrecional. Impugnado ese acto, el Tribunal contencioso-administrativo lo anula porque, integrando el precepto que prevé su emisión en un contexto normativo más amplio, llega a la conclusión de que la Administración está en principio obligada a otorgar la renovación y sólo puede denegarla excepcionalmente y en virtud de una serie de causas concretas. Esto es lo que en Alemania se explica diciendo que una habilitación discrecional ordinaria expresada en términos de poder («Kann-Vorschrift») se transforma en un precepto que impone una obligación a la Administración, obligación de la que ésta sólo puede eximirse cuando concurre una circunstancia especial de apreciación discrecional («Soll-Vorschrift»). Pues bien: si la Administración no se pronunció, al dictar el acto recurrido, sobre la concurrencia de esas circunstancias excepcionales que podrían justificarlo (lo que sucederá normalmente si la Administración partió de una interpretación normativa según la cual esas circunstancias eran innecesarias), la reinterpretación judicial de la habilitación discrecional permitirá anular el acto administrativo impugnado, pero no condenar a la Administración o declarar que ésta no podría dictar en ningún caso un acto de ese tenor, puesto que eso dependerá del resultado de la valoración discrecional de unos factores que aún no se han tenido en cuenta.

100. A esto se refiere FERNÁNDEZ, T.-R.: «De nuevo sobre el poder discrecional», cit., pg. 594: «PA-REJO involucra, no sé si con intención o sin ella, el tema de la arbitrariedad en el ejercicio del poder discrecional con el de la eventual sustitución por juez de de las decisiones administrativas en causa (...). Ambos asuntos son independientes entre sí y su análisis debe separarse en todo caso (...). En lo que respecta a la posibilidad de sustituir en vía judicial la decisión administrativa en causa, el punto de partida no es, ni puede ser el de la posición constitucional de la Administración, sino, supuesto que el asunto ya se ha hecho contencioso, el de la posición constitucional del Juez».

La pretensión de distinguir lo que es el estudio de la discrecionalidad, su ámbito y sus límites, como parte de las formas de actuación administrativa y del «status» de las Administraciones Públicas, de lo que pertenece al estudio de la función judicial (eventualmente en contacto con decisiones administrativas discrecionales), no siempre es fácil, como se puede comprender inmediatamente si se repara en que los límites al poder discrecional son otras tantas aperturas al control judicial y han surgido normalmente como invenciones jurisprudenciales. (Con todo, hay opiniones discrepantes, como la de VOGEL, K.: *Gefahrenabwehr*, cit., pgs. 373-375, cuando distingue entre los límites externos de la discrecionalidad y los internos, y estos últimos son límites jurídicos efectivos pero que, por referirse a la oportunidad de la decisión discrecional, no pueden ser controlados judicialmente).

Sin perjuicio de estas dificultades, es necesario en todo caso, al menos para que el discurso jurídico mantenga una mínima coherencia, distinguir el Derecho material (en el que se incluyen los límites de la discrecionalidad) de los medios para hacerlo efectivo (que incluyen la determinación de cuándo «hay base suficiente» para que la sentencia indique cuál es la

Con lo cual se constata una situación paradójica que hará necesario avanzar en la investigación: la doctrina española encomienda a una determinada figura (la reducción o agotamiento de la discrecionalidad como técnica procedente del Derecho alemán o al menos practicada en él) una función (determinar cuándo hay base suficiente para que un órgano judicial puede declarar que sólo hay una opción discrecional conforme a derecho, lo que le permite dictar una sentencia de condena), y sin embargo la figura jurídica alemana del agotamiento de la discrecionalidad no es capaz de resolver ese problema porque, pese a las apariencias, tiene una utilidad y un contenido diferentes. Y ello obliga a buscar sobre otra base la solución al problema planteado, que no es otro que el de fijar el ámbito en que son posibles las sentencias de condena en el campo de la actuación administrativa discrecional.

## 6. LA PRECLUSIÓN O AGOTAMIENTO FORMAL DE LA DISCRECIONALIDAD

La situación que ha quedado planteada en el epígrafe anterior requiere la concurrencia de tres factores. De un lado, la Administración debe ser titular de una potestad que incluya elementos discrecionales que no hayan desaparecido en el caso concreto planteado (frente a lo que sucede en los supuestos incluidos en el concepto alemán de reducción de la discrecionalidad). Es decir, en el momento en que la Administración dicta la resolución debe disponer de hecho de varias opciones entre las que decidir discrecionalmente, de tal modo que en ese momento ningún órgano judicial podría decir que sólo existe una solución conforme a derecho. En segundo lugar, es necesario que el acto dictado por la Administración (en ejercicio de esa discrecionalidad), y recurrido ante los Tribunales, sea contrario a derecho (y anulado). Y por último es necesario que el demandante haya formulado no sólo una pretensión anulatoria sino también una de condena, cuya estimación depende de que el Tribunal pueda determinar (o no) que sólo existe un modo de ejercer conforme a derecho la discrecionalidad, por lo que, si lo solicitado por el demandante coincide con esa única vía de ejercicio correcto de la discrecionalidad, dictará una sentencia estimatoria de condena<sup>101</sup>.

---

única forma de ejercer conforme a derecho una habilitación discrecional). Es esta última cuestión la que pertenece, a mi juicio, al ámbito del estudio del contencioso-administrativo, y lo que me interesa destacar es que la doctrina alemana del agotamiento de la discrecionalidad no se refiere a ella, sino al ámbito y límites de la discrecionalidad como cuestión ligada al «status» de la Administración y no al contencioso.

101. En caso de que lo solicitado por el demandante no coincida con la única forma posible de ejercicio de la discrecionalidad conforme a derecho, el Tribunal desestimaré la demanda. Si el Tribunal sólo puede anular el acto recurrido pero la discrecionalidad no está agotada, dictará una sentencia-marco y condenará a la Administración a dictar una nueva resolución (que podrá estimar o no la solicitud del particular demandante). Por otro lado, de la enunciación del supuesto se desprende el carácter procesal de esta forma de reducción de la discrecionalidad, puesto que la misma se produce después del dictado del acto recurrido y antes de que se dicte sentencia, es decir, a partir y sobre la base del material incorporado a los autos.

Lo que se trata de determinar, por tanto, es cuándo la anulación de la resolución discrecional impugnada supone que la Administración recupera su potestad discrecional y la puede volver a ejercer (sin otro límite que el de no incurrir nuevamente en la ilegalidad que ha dado lugar a la anulación de la anterior resolución), y cuándo esa anulación conduce a identificar a otra de las opciones incluidas en el marco discrecional como la única admisible y a condenar a la Administración a seguirla sin reconocerle ningún margen de autonomía en esa segunda decisión.

El estudio doctrinal de esta cuestión se enfrenta a una posible objeción (no formulada expresamente) que consiste en afirmar que la solución a este problema depende sobre todo de las circunstancias del caso concreto y debe dejarse a la prudencia judicial sin que sirvan para nada cualesquiera reglas abstractas<sup>102</sup>. Sin perjuicio de que (como he mostrado antes para la sustitución de los actos reglados) es imposible prescindir de las circunstancias de cada caso concreto y dar reglas generales que valgan para todos ellos, me parece también indiscutible que, por una exigencia mínima de seguridad jurídica, es necesario agotar todas las posibilidades de identificar los grupos de casos que se pueden dar y de proponer soluciones para ellos. Sobre todo porque el examen de la jurisprudencia muestra que los Tribunales deciden en uno u otro sentido en aplicación de reglas de origen judicial (susceptibles, como tales reglas, de discusión racional y de aplicación a muchos otros casos) y porque además sólo el estudio doctrinal de esta cuestión puede evitar que proliferen, sin fundamento, criterios sectoriales distintos en función de la materia o de la sección<sup>103</sup>.

102. En esta línea, FERNÁNDEZ, T.-R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pg. 124.

103. Se puede ver un ejemplo de esto en la Sentencia de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4314), relativa a un caso de extranjería. Una inmigrante solicitó un permiso de trabajo y la Administración lo denegó invocando unos informes que supuestamente indicaban que había españoles en paro en ese sector (lo que facultaba a la Administración para denegar el permiso, de acuerdo con los arts. 51-52 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, aprobado por el RD 1119/1986, de 26 de mayo). Sin embargo, los informes alegados no constaban en el expediente ni la Administración los incorporó a los autos. El Tribunal de instancia anuló la resolución y declaró el derecho de la recurrente a la obtención del permiso. Frente a la petición del Abogado del Estado de que se casase la sentencia, limitándose el Tribunal a anular la resolución impugnada y remitir el asunto nuevamente a la Administración, el Tribunal Supremo afirma (con unos apoyos dogmáticos que comentaré más adelante): «Tampoco resulta admisible la pretensión del representante de la Administración de que, ante la falta de los informes a los que alude en su escrito de alegaciones, se retrotraigan las actuaciones, ya que es reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias, entre otras, 16 de mayo 1995 [RJ 1995, 4138], 20 y 27 de junio 1997 [RJ 1997, 5300 y 5311]) en el sentido de que la *carencia en el expediente de los informes* a los que se refiere el art. 51 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, no da lugar a la nulidad del procedimiento por la ausencia de dicho trámite, ya que es imputable a la propia parte que insta la retroacción del expediente». Se trata, por tanto, de una regla aplicable a múltiples casos y susceptible de ser formulada en términos abstractos, por lo que puede ser perfectamente estudiada doctrinalmente y además es ese estudio doctrinal el que puede evitar que la misma se aplique sólo a un ámbito sectorial determinado (en este caso, el de extranjería) sin que haya un motivo suficiente para esa limitación. En otras ocasiones, y ante un problema similar, se aplica el mismo criterio pero sin dar ninguna fundamentación. Así ocurre en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 27 de octubre de 1995. La recurrente impugnó la denegación de la licencia autonómica para la instalación de una gran superficie, denegación basada en el informe negativo del órgano colegiado especializado competente en la materia. Tras razonar en los fundamentos jurídicos

¿Cómo explicar la reducción de la discrecionalidad, es decir, la posibilidad de un control judicial positivo cuando la Administración dispone efectivamente, en el momento de resolver, de un abanico de opciones jurídicamente indiferentes? Sólo se puede producir esta transformación cuando la anulación de un acto discrecional permita identificar, por medio de una argumentación jurídica (y por tanto comprendida en la función judicial), la existencia de una sola forma de ejercer conforme a derecho la discrecionalidad, lo que puede suceder porque sólo existan dos posibilidades incluidas en ese marco discrecional (la del acto anulado y la otra) o porque la Administración ya haya formulado, en el procedimiento que llevó a la producción del acto anulado o anteriormente, declaraciones que estrechen su ámbito de discrecionalidad hasta reducirlo a una sola opción.

El primer supuesto en el que el proceso contencioso-administrativo sirve para reducir la discrecionalidad se da cuando ésta sólo incluye dos opciones: la elegida inicialmente por la Administración (cuya ilegalidad se pone de manifiesto en el proceso) y otra, que queda acreditada automáticamente como la única conforme a derecho y por tanto obligatoria para la Administración. Es el supuesto típico de adjudicación discrecional a la que sólo concurren dos candidatos, en el supuesto (claro está) de que la Administración esté obligada realizar la adjudicación, pues en caso contrario aparecen tres opciones (cualquiera de los dos candidatos o dejar desierto el concurso)<sup>104</sup>.

Un supuesto parecido al anterior aunque algo más complejo se da cuando la Administración establece, en ejercicio de un poder discrecional, un régimen jurídico excepcional para un supuesto de hecho o un sujeto concretos, haciendo excepción por tanto del régimen aplicable a los demás sujetos o de los precedentes que ella misma ha creado y seguido en casos análogos. En estas situaciones, si la decisión discrecional de contenido excepcional, justificada por la Administración a partir de unas características especiales del caso al que afecta, resulta contraria a derecho, la Administración debe aplicar a ese sujeto o a ese supuesto de hecho el régimen ordinario del que lo pretendió eximir<sup>105</sup>.

por qué el informe negativo no está suficientemente fundado y además es arbitrario al interrumpir inmotivadamente un precedente reiterado, el fallo no se limita a anular la resolución impugnada, sino que añade: «ordenando a la Administración demandada que emita informe favorable a la solicitud planteada por la actora». La sentencia llega a esta conclusión porque aplica la regla que se ha citado al inicio de esta nota: cuando una determinada decisión discrecional se apoya en una premisa fáctica y la Administración no la ha probado, se entiende que es porque no hay pruebas de la misma y, si el margen de discrecionalidad consta exclusivamente de dos opciones (denegar o conceder lo solicitado), se condena a la Administración a dictar una resolución estimatoria. J. TORNOS ha criticado esta sentencia en «Discrecionalidad e intervención administrativa económica», en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (Coord.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid, 1996, pgs. 391-410, pg. 401, texto y nota 23.

104. Es el supuesto al que se refieren, en ambos casos a partir de la Sentencia de 11 de junio de 1991, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota», cit., pg. 87 (nota 37); FERNÁNDEZ, T.-R.: «De nuevo sobre el poder discrecional», cit., pg. 598, y (críticamente) BELTRÁN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pgs. 121-125.

105. Éste es el esquema al que se acogen muchos de los casos de reducción de la discrecionalidad nuestra Jurisprudencia, en los que el Tribunal anula la calificación que a un determinado

También se reduce la discrecionalidad y se puede dictar una sentencia de condena cuando, aunque haya más de dos opciones, la Administración las haya jerarquizado en un baremo. En este caso, si en el juicio se anula la decisión favorable al sujeto clasificado en el primer lugar de ese baremo pero las razones de esa anulación no desvirtúan el baremo en su totalidad, está claro que la sentencia podrá condenar a la Administración a resolver en favor del clasificado en segundo lugar, sin necesidad de reconocerle un margen de autonomía al dictar la resolución que va a sustituir a la anulada<sup>106</sup>.

Si en este caso queda reducida la discrecionalidad a pesar de que existen inicialmente más de dos opciones es por una causa aplicable también a otros casos de reducción de la discrecionalidad: aquellos juicios que la Administración incluye en un acto discrecional y que conducen a marginar unas opciones en beneficio de otras y, en definitiva, a justificar la decisión contenida en ese acto discrecional, mantienen su eficacia y siguen vinculando a la Administración a pesar de la anulación del acto en que estaban contenidos originalmente, siempre que no resulten afectados por la causa que lleva a la anulación de ese acto. Esto ocurre frecuentemente cuando, al amparo del principio de interdicción de la arbitrariedad, se anula un acto discrecional por falta de coherencia interna, es decir, porque en él se parte de unas afirmaciones determinadas sobre lo que exigen los intereses públicos en ese ámbito concreto y después se adopta una decisión que en realidad no es consecuente con esos razonamientos. Pues bien: anulada la decisión adoptada, el Tribunal puede condenar a la Administración a dictar una concreta resolución (agotamiento de la discrecionalidad) cuando esas afirmaciones de la Administración

---

terreno otorga un plan urbanístico por considerar que esa calificación, más desfavorable que la que le habría correspondido de haberse aplicado el mismo criterio seguido en casos análogos, no es conforme a derecho por ser ilógicas las razones alegadas por la Administración o por carecer de todo fundamento. Pueden verse numerosos ejemplos en DELGADO BARRIO, J.: *El control de la discrecionalidad*, cit., pgs. 120-122; FERNÁNDEZ, T.-R.: «De nuevo sobre el poder discrecional», cit., pgs. 600-603, o BELTRÁN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pgs. 112-118: destacan las Sentencias de 27 de abril de 1983 (RJ 1983, 2279), 2 de abril de 1991 (RJ 1991, 3278) y 15 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2523). La temprana Sentencia de 27 de abril de 1983 sostiene que «la solución técnica en que se concrete esa discrecionalidad debe venir respaldada y justificada en los datos objetivos sobre los cuales opera, de tal forma que, cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, la jurisdicción contenciosa debe sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes (...)».

BELTRÁN, M. (op. cit., pgs. 116-117) se opone a esta jurisprudencia, al decir que «tal vez todo ello no constituya base suficiente para que sea el Tribunal quien decida qué uso corresponde a cada parcela». En resumen, «[a] la anulación, por arbitraria, de la calificación puede no seguir la adopción por el Tribunal de la única calificación posible, al ser viables otras por existir todavía margen de apreciación en manos del planificador». Nótese, por otra parte, que en todos estos casos se produce la sustitución judicial de la decisión administrativa discrecional *respecto de auténticas normas reglamentarias* (los planes urbanísticos), frente a un prejuicio algo extendido al que me referiré más adelante. Al margen del Derecho urbanístico, teoriza este supuesto con carácter general DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa*, cit., pg. 271.

106. En este sentido, FERNÁNDEZ, T.-R.: «De nuevo sobre la discrecionalidad» cit., pg. 609; CASINO RUBIO, M.: «El control jurisdiccional de la Administración pública: el poder de sustitución del juez», *Derechos y Libertades*, 3 (1994), pgs. 467-477, pg. 476; BELTRÁN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pg. 149.



sobre lo que es de interés público lleven racionalmente a individualizar esa resolución como la única conforme a derecho, puesto que la Administración ya ha ejercido su discrecionalidad y no puede aprovechar la anulación del primer acto para cambiar de opinión y llegar a una solución totalmente distinta<sup>107</sup>.

En otros casos, lo que decide la reducción de la discrecionalidad es una cuestión de hecho. Habiendo dos soluciones posibles, los hechos que según la Administración justifican la decisión discrecional adoptada no aparecen probados, y ello lleva a la anulación de esa resolución impugnada. Ahora bien: ¿debe estimarse también la pretensión de condena y obligar a la Administración a resolver en el otro sentido, el solicitado por el particular, o bien se debe devolver el asunto a la Administración para que ésta vuelva a dictar una resolución tras examinar de nuevo el problema y tener en cuenta otros factores eventualmente ignorados en la primera decisión?<sup>108</sup>. En la Jurisprudencia encontramos soluciones contradictorias<sup>109</sup>.

107. En estos casos, si la Administración pretendiera apoyarse en la impugnación del acto para desvincularse de aquellas partes del mismo que favorezcan al recurrente y que no estén afectadas por el motivo de impugnación, estaría llevando a cabo probablemente una revocación inadmisibles, como he tratado de demostrar en «La motivación de los actos administrativos», cit., pgs. 96-99.

En Derecho alemán, K. VOGEL ha defendido esta solución para un supuesto similar. A propósito de la revisión de oficio de las autorizaciones de policía ilegalmente dictadas, dice: «Si se produce una modificación normativa después de la emisión de la licencia ilegal, de forma que según la nueva normativa esa licencia es conforme a derecho, la revisión ya no es posible. En el caso de las licencias regladas, la razón es que la licencia tendría que otorgarse otra vez. En las discrecionales, hay que partir del presupuesto de que la Administración ejercería su discrecionalidad en este momento en el mismo sentido en que lo hizo al otorgar la licencia» (en DREWS, WACKE, VOGEL y MARTENS: *Gefahrenabwehr*, cit., pg. 474). Parece apuntar en la misma dirección CASINO RUBIO, M.: «El control jurisdiccional», cit., pg. 475, al decir que «la sustitución resultará perfectamente posible y, desde luego, jurídicamente legítima en aquellos supuestos en los que la discrecionalidad administrativa (...) se reduce en virtud de los propios criterios adoptados discrecionalmente, de tal forma que, anulada la solución escogida —esto es, la expresada en la correspondiente decisión administrativa impugnada—, únicamente queda una solución».

108. En la doctrina española, M. BELTRÁN parece otorgar poca importancia al hecho de que la Administración haya dejado pasar varias oportunidades de poner de manifiesto la existencia de fundamentos válidos de la decisión discrecionalidad impugnada: «En cualquier caso ello, a mi juicio, no resuelve el problema de la conversión de lo discrecional en reglado por el silencio de la Administración» (*Discrecionalidad*, cit., pg. 124, nota 93). NIETO A. estudia uno de estos supuestos en su comentario «Efectos procesales del silencio negativo», cit., relativo a la célebre Sentencia de 16 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 4510), que declaró el derecho de los demandantes a ser indemnizados por la Administración del Estado, considerando a ésta responsable por los daños sufridos por los demandantes, a los que el Gobierno de Guinea Ecuatorial impuso unas sanciones en represalia contra una información de TVE.

109. A favor de la reducción de la discrecionalidad pronuncia la Sentencia de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4314), exponente de una línea jurisprudencial en materia de otorgamiento de permisos de trabajo a extranjeros, para la cual «la carencia en el expediente de los informes (...) que pudo solicitar la Administración, no da lugar a la nulidad del procedimiento por la ausencia de dicho trámite, ya que es imputable a la propia parte que insta la retroacción del expediente». Pese a que la Sentencia se remite a la doctrina de la nulidad de actuaciones, lo que se discute aquí no es la eficacia invalidante de los vicios de forma (es decir, si los mismos deben llevar a la nulidad de actuaciones o deben apurarse las posibilidades de resolver el fondo del asunto), sino el agotamiento de la discrecionalidad, es decir, si, una vez constatada la ilegalidad (por falta de fundamento) de la decisión impugnada, quedan varias opciones (en cuyo caso habrá que devolver el asunto a la Administración) o sólo una, que el Tribunal podrá declarar en una Sentencia de condena. La tesis de la Sentencia es clara: la Administración tuvo su momento para

Para este último caso, entiendo que se deben hacer algunas distinciones en la búsqueda de una solución ponderada, puesto que la justificable censura a la Administración por su conducta negligente e incluso arbitraria no puede hacerse a costa de los intereses públicos cuya tutela le está encomendada<sup>110</sup>. En primer lugar, me parece difícilmente discutible que la decisión discrecional impugnada se debe declarar conforme a derecho, desestimando las pretensiones dirigidas contra ella, si a lo largo del proceso se aporta una justificación suficiente de la misma, aunque esa justificación no se haya incorporado antes a la motivación. Lo que no es aceptable es anular una decisión como carente de fundamento (y menos aún condenar a la Administración a dictar la contraria) cuando consta

aportar informes que sostuviesen la denegación y si no lo hizo se debe presumir que no hay base fáctica para tal denegación. La Sentencia desprecia, por tanto, la posibilidad de que esa base fáctica sí exista e impide a la Administración corregir su inactividad anterior. En contra de la reducción de la discrecionalidad en estos casos, BELTRÁN, M.: *Discrecionalidad*, cit., pgs. 138-139, quien informa de una línea jurisprudencial muy similar en materia de licencias de armas.

La tesis contraria (menos favorable a la sustitución) la sostiene, por ejemplo, la Sentencia de 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6623), citada por FERNÁNDEZ, T.-R.: «De nuevo sobre el poder discrecional», cit., pgs. 604-606. La Sentencia anula una determinada calificación urbanística por falta de justificación y remite el asunto a la Administración para que vuelva a resolver sobre el mismo, lo que incluye la posibilidad de que, aportada una justificación adecuada, se aplique al inmueble litigioso, esta vez de forma ajustada a derecho, la misma calificación urbanística. Lo que dice la Sentencia es que «la Sala entiende rigurosamente insuficiente la motivación de la calificación impugnada lo que, careciéndose de los datos necesarios para decidir sobre el fondo del asunto —no se sabe por qué el litigioso se incluye en el grupo de los teatros a mantener a diferencia de otros—, determina un pronunciamiento parcialmente estimatorio de la apelación, para, con anulación del acto recurrido en el extremo aquí impugnado, declarar la procedencia de que, con la adecuada motivación, se dicte la resolución procedente en derecho». T.-R. FERNÁNDEZ añade que la conducta de la Administración «pudo tener legítimamente un tratamiento procesal más duro que la mera, aunque inhabitual, condena en costas que la Sentencia acuerda [ese tratamiento más duro sólo puede ser, creo yo, la condena a calificar el inmueble de acuerdo con lo pretendido por el demandante, es decir, prescindiendo de la limitación excepcional impuesta al mismo sin fundamento alguno por la Administración], pero el juzgador prefirió extremar la prudencia, ateniéndose estrictamente a su propia doctrina sobre la posibilidad de sustitución en sede procesal de las decisiones discrecionales de la Administración».

Me parece fuera de duda que ambas Sentencias se refieren a supuestos que se pueden reducir al mismo esquema y que las dos decisiones judiciales aplican reglas opuestas entre sí (reglas que ninguna de las dos Sentencias se detiene a justificar, por cierto). En ambos casos, para que sea conforme a derecho la decisión dictada por la Administración (y no la alternativa defendida por el demandante) es necesario aportar una determinada justificación que es a la Administración a quien corresponde presentar. Omitida esa justificación, la primera Sentencia entiende que la decisión defendida por la Administración carece de fundamento y se pronuncia a favor del demandante, mientras que la segunda, más prudente, asume que esa decisión discrecional podría estar apoyada en razones aún no invocadas y concede a la Administración una nueva ocasión para volver sobre el asunto.

110. Por decirlo con un ejemplo gráfico que se sale del marco estricto de la discrecionalidad: el hecho de que la Administración haya denegado sin motivación o invocando argumentos erróneos el permiso para la comercialización de un medicamento, sin examinar seriamente sus efectos sobre la salud, no puede llevar a un Tribunal a ordenar sin más que se autorice su comercialización sin que se lleve a cabo ese examen de sus efectos. Existen otros mecanismos, como la condena en costas, para sancionar la conducta de la Administración y tutelar al perjudicado por ella.

que existe ese fundamento y lo único que se ha producido es una infracción (grave, pero remediable por otras vías) del deber de motivación<sup>111</sup>.

Otra posibilidad es que el acto impugnado no contenga un fundamento suficiente ni se haya aportado ese fundamento a lo largo del proceso, pero que a lo largo de éste, la o los demandados hayan puesto de manifiesto que puede haber argumentos (no explorados suficientemente en el procedimiento originario) que justifiquen una decisión que tenga el mismo contenido que la impugnada. En este caso, es decir, en presencia de la aportación de esa especie de *principio de prueba*, al Tribunal le faltan datos para poder afirmar que la única forma de ejercer la discrecionalidad conforme a derecho es la otra, la sostenida por el demandante, y deberá limitarse a anular el acto impugnado y dictar una sentencia-marco para que la Administración examine en un nuevo procedimiento esos posibles argumentos y dicte la decisión que proceda, que podrá ser igual a la anulada (pero con una justificación adecuada) o bien la pretendida por el demandante. Como el proceso contencioso-administrativo se basa en el principio de verdad material (art. 61 LJCA), nada impide que sea el Tribunal el que ponga de manifiesto posibles factores cuyo examen en sede administrativa puede ser necesario para decidir adecuadamente la cuestión.

En caso contrario, es decir, cuando la Administración no haya justificado, en la motivación, la decisión impugnada, ni haya aportado tardíamente esa justificación a lo largo del proceso, ni haya puesto de manifiesto la existencia de hechos de cuyo examen en un nuevo procedimiento puede derivarse la corrección material de dicha decisión, el Tribunal puede (y debe) partir de que esa decisión carece de todo fundamento y, en caso de que su eliminación conduzca a otra decisión como única forma de ejercicio correcto de la discrecionalidad (es decir, cuando se produzca la reducción o agotamiento de ésta), dictar una sentencia en que condene a la Administración a adoptar ese acto<sup>112</sup>.

111. He abordado en detalle esta cuestión en «La motivación», cit., pgs. 107 y ss.

112. La Jurisprudencia alemana parte implícitamente de esta idea, aun sin justificarla explícitamente. En los casos en que se anula una decisión discrecional y se condena a la Administración a dictar otra concreta (reducción de la discrecionalidad), el Tribunal siempre se considera obligado a afirmar que no parece que puedan plantearse otras alternativas distintas a las discutidas en el proceso. Así, en la Sentencia de 18 de agosto de 1960 (publicada en BVerwGE, 11, pgs. 95-101, en especial pg. 97): «(...) a falta de motivos de denegación imaginables que pudieran suponer un ejercicio conforme a Derecho de la discrecionalidad». Lo mismo en la de 4 de diciembre de 1970 (BVerwGE, 36, pgs. 357-361): «a la vista de las circunstancias del caso hay que descartar una decisión discrecional denegatoria de la Administración». O en la Sentencia del OVG (Tribunal de apelación) de Lüneburg [BauR, 20 (1989), pgs. 188-191] de 27 de noviembre de 1989: «No se han sugerido y no son fáciles de imaginar motivos especiales que pudieran justificar excepcionalmente la aceptación del presente estado de cosas por parte del demandado». (Se trata de un supuesto de discrecionalidad «policial», en el que el demandante solicitaba que la Administración interviniese para restaurar la disciplina urbanística vulnerada por una construcción ilegal.) En el mismo sentido, la Sentencia de 13 de enero de 1955 del OVG de Münster, publicada en «Entscheidungen der OVG für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg». Münster Westfalen, 1957, pg. 222. Lo que se necesita en estos casos, y lo que he intentado aportar en los párrafos precedentes, son criterios que permitan justificar

## 7. EL REPARTO DE LAS COSTAS EN LAS SENTENCIAS DE CONDENA

La LJCA no contiene ninguna regla especial en materia de costas para las sentencias que se refieran a pretensiones de condena y por lo demás las reglas generales son adecuadas también en estos casos. Como es sabido, la LJCA/1998 se aparta en este punto de lo que proponía el Proyecto de 1995, en el que se recogía el principio del vencimiento, y opta por mantener el principio subjetivo del artículo 131.1 de la LJCA/1956 («se impondrán las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad»). Regla general que se matiza en el 2º párrafo del artículo 139.1: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad».

Como he expuesto en otro lugar, este principio subjetivo, que puede dar pie a un desfallecimiento judicial que prive de toda eficacia correctora a la condena en costas, también permite dar una solución flexible y ponderada a diversas situaciones complejas como las que se pueden producir cuando se dicta una sentencia-marco<sup>113</sup>. En estos casos, el particular formula una pretensión de condena mediante la que exige que se ordene a la Administración que dicte un acto determinado, y la sentencia no puede estimar completamente la demanda porque la previa inactividad de la Administración o la defectuosa tramitación del procedimiento impiden una reducción completa de la discrecionalidad, lo que hace necesario devolver el asunto nuevamente a la Administración<sup>114</sup>.

En algunos de estos supuestos, es decir, cuando el demandante haya solicitado que se condene a la Administración a dictar un acto concreto (y no simplemente que se le ordene resolver expresamente), la sentencia-marco supone una desestimación parcial de la demanda. Sin embargo, tal desestimación es en realidad debida a la conducta antijurídica de la Administración demandada, es decir, a que ésta incumplió su deber de resolver expresamente la solicitud presentada por el particular o bien le contestó con una decisión arbitraria (en sentido amplio) que le llevó a interponer un recurso contencioso-administrativo. La forma más adecuada de resolver esta situación es condenar en costas a la Administración demandada (pese a ser en parte la vencedora del

---

racionalmente esos juicios sumarios del Tribunal, como afirma WILKE, D.: «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten», cit., pgs. 843-844.

113. Vid. mi artículo «La motivación», cit., pgs. 112-115.

114. Como ya he explicado, éste es el significado de las sentencias-marco: declarar contraria a derecho la actuación impugnada (o la inactividad precedente de la Administración) pero a la vez, por carecer de elementos de juicio que permitan decidir si la Administración está jurídicamente obligada a la prestación solicitada por el demandante, ordenarle que decida nuevamente (o por primera vez en caso de inactividad) sobre el fondo del asunto.

pleito), por haber provocado el proceso con una conducta al menos negligente. Esta clase de condenas se han producido ya en nuestra Jurisprudencia<sup>115</sup>.

115. Pueden verse las Sentencias de 14 de enero y 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 453 y 6623).

En Alemania se ha defendido la misma solución material a partir de datos característicos de su Derecho procesal administrativo. En primer lugar, del §155.5 de la VwGO, que recoge el principio de culpabilidad como excepción o regla especial respecto al principio del vencimiento que opera con carácter general. El §155.5 dispone: «Se pueden imponer a una parte las costas causadas por su culpa». A favor de la aplicación de este precepto al supuesto de las sentencias-marco («Bescheidungsurteile»), vid. REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §113.40-41 (pg. 690); KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §113.21 (pg. 2111); BRUNN, B.: *Die sogenannte Bescheidungsklage*, cit., pgs. 37-39.

Por otro lado, en el debate entre quienes defienden la admisión de una nueva clase de acción, la «Bescheidungsklage», es decir, una pretensión por la que se pide que se condene a la Administración a dictar una resolución expresa y ajustada a Derecho, pero sin pedir al Tribunal que condene a la Administración a dictar una resolución concreta (ya que el demandante asume que, por no haberse agotado la discrecionalidad, esta pretensión estaría condenada al fracaso), y quienes defienden que sólo existe una pretensión de condena (la que pide que se condene a la Administración a dictar un acto concreto), que finalizará con una sentencia-marco en los casos en que faltan las condiciones necesarias para que se resuelva sobre el fondo, uno de los argumentos principales es justamente la necesidad de evitar que el demandante se vea castigado por la vía de las costas cuando, por causas que le son ajenas, recibe una sentencia-marco. Para los primeros, éste es el principal argumento para aceptar la admisibilidad de la «Bescheidungsklage» como acción autónoma (permitiendo así al demandante autolimitar el «petitum» y evitar la desestimación parcial cuando esté claro que la discrecionalidad no está agotada). Para otros, el mismo resultado se puede conseguir aplicando el §155.5, por lo que esa innovación procesal es innecesaria: vid. BRUNN, B.: op. cit., pgs. 23-24; SCHMITT-GLAESER, W.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pg. 194. A favor del reconocimiento de la «Bescheidungsklage», SCHENKE, W.-R.: *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pgs. 80-81.

## Las medidas cautelares en las pretensiones de condena

### 1. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR EN LAS PRETENSIONES DE CONDENA

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE no es un simple derecho de acceso a los Tribunales ni un derecho a obtener, siempre que se reúnan los presupuestos procesales exigibles, una resolución sobre el fondo de las pretensiones deducidas. La nota de efectividad exige que la tutela judicial sea útil, que esté en condiciones de cumplir su cometido, es decir, que una eventual resolución estimatoria de la pretensión no proporcione a quien la formuló una satisfacción únicamente teórica o pírrica, sino que satisfaga el interés que le llevó a deducirla. De ahí que la previsión de medidas cautelares no sea una decisión libre del legislador sino que éstas vienen exigidas por el artículo 24.1 CE<sup>1</sup>. Y además sea cual sea la pretensión formulada, ya se reduzca ésta a la anulación de un acto impugnado o bien se trate de una pretensión de condena. La razón es bien evidente: las medidas cautelares son igualmente necesarias para la efectividad de la tutela judicial tanto en un caso como en el otro. Por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva e incluso el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad vedan al legislador limitar la tutela cautelar a un solo tipo de pretensiones.

El TC ha afirmado reiteradamente que la tutela cautelar, es decir, el otorgamiento de medidas cautelares, forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial, puesto que la sentencia estimatoria no siempre llega a tiempo para evitar la producción de hechos consumados y por tanto no puede garantizar por sí sola en todos los casos la satisfacción de ese derecho fundamental (Sentencias 115/1987 [RTC 1987, 115], 237/1991 [RTC 1991, 237] y 14/1992 [RTC 1992, 14], entre otras). En el caso concreto de los procesos en que se impugnan actos administrativos, la posibilidad de obtener medidas cautelares que contrarresten la eficacia de dichos actos es un contrapeso, constitucionalmente exigido, del privilegio de autotutela, cuya justifi-

---

1. Argumento en el que se ha basado VECINA CIFUENTES, J.: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1993, pgs. 74 y ss., para reconocer al TC una potestad general de otorgamiento de medidas cautelares a pesar de que la LOTC no la recoge expresamente.

cación al amparo del artículo 103 CE viene siendo reconocida desde la STC 22/1984 (RTC 1984, 22) (así como, entre otras, en la 238/1992 [RTC 1992, 238] y 148/1993 [RTC 1993, 148]). La garantía constitucional de la tutela cautelar no incluye un derecho incondicionado a la obtención de medidas cautelares ni al carácter suspensivo de los recursos, sino que tiene como contenido el reconocimiento a los órganos judiciales de la potestad de otorgar las medidas cautelares que en cada caso resulten adecuadas (sin límite alguno ni necesidad de previsión legal: STC 148/1993), al objeto de evitar la frustración de la tutela judicial. Los criterios que deben guiar esa decisión judicial son el riesgo de que se produzcan situaciones irreversibles si no se otorga la medida cautelar («periculum in mora»), el «fumus boni iuris» y la ponderación entre el interés del solicitante de la medida y los intereses públicos afectados por su otorgamiento (STC 148/1993). Como esa potestad judicial de otorgamiento de medidas cautelares forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, son contrarios a Derecho tanto los preceptos normativos que la excluyan en general o para un caso concreto (SSTC 115/1987 y 238/1992, referidas respectivamente a la Ley de Extranjería de 1985 y a la de Fincas Manifiestamente Mejorables), como las decisiones administrativas que ordenen la ejecución del acto impugnado antes de que el órgano judicial competente se haya podido pronunciar (STC 78/1996 [RTC 1996, 78]: orden de ejecución de una sanción administrativa recurrida y sobre la que aún no había recaído resolución judicial en el incidente de medidas cautelares) o las decisiones judiciales que autoricen la ejecución y no procedan del órgano que esté conociendo de la pretensión de anulación del acto (SSTC 76/1992 [RTC 1992, 76] y 199/1998 [RTC 1998, 199], referidas al antiguo art. 87.2 LOTC, derogado por la LO 6/1998)<sup>2</sup>. En la Jurisprudencia comunitaria también se

2. En el Derecho alemán, el BVerfG ha declarado que el derecho a la tutela judicial (art. 19.4 GG) incluye el derecho a la tutela cautelar también cuando se deduce una pretensión de condena y no basta, por tanto, con la suspensión del acto impugnado. El primer hito importante en esta jurisprudencia es el Auto de 19 de octubre de 1977 (publicado en BVerfGE, 46, pgs. 166-185). La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (la que conoce de cuestiones de Seguridad Social, por lo que se trata de uno de los tres órdenes jurisdiccionales de Derecho público) o SGG sólo recogía textualmente la suspensión del acto impugnado y otras previsiones muy concretas de medidas cautelares distintas. El BVerfG entiende que la GG exige una tutela cautelar completa, lo que hace necesario interpretar la SGG de acuerdo con la Constitución para incorporar otras medidas cautelares. «Del tenor literal del art. 19.4 GG no se deduce directamente la necesidad de la tutela cautelar, cuya función es cubrir mediante una decisión provisional rápida el período de tiempo que media hasta la resolución definitiva del procedimiento principal, pero el BVerfG ha afirmado repetidamente, respecto a asuntos de tipo de impugnatorio tramitados ante la jurisdicción administrativa, que el art. 19.4 no contiene sólo el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los Tribunales, sino que garantiza también la efectividad de la tutela judicial. Además, ha establecido que el art. 19.4 exige que se impida en la medida de lo posible que a través de la ejecución inmediata de un acto administrativo se cree una situación fáctica que más tarde no pueda revisarse aunque en sede judicial quede acreditada la ilegalidad del acto (...). El peligro de que se produzcan hechos consumados que después no pueden ser revisados (...) no se da sólo cuando el poder ejecutivo interviene en la esfera jurídica del ciudadano mediante actos de gravamen, sino también cuando no atiende solicitudes dirigidas a la obtención de prestaciones, bien porque las rechaza expresamente o porque la Administración permanece inactiva. Por esta causa, y en lógica consecuencia de lo que se ha sostenido para las pretensiones impugnatorias, el art. 19.4 exige tutela cautelar también para las pretensiones de condena, cuando a falta de ella puedan surgir perjuicios importantes e inadmisibles, que no quepa remediar posteriormente a través de la decisión sobre el fondo» (pgs. 178-179). Esta doctrina sigue siendo la base de las últimas decisiones del BVerfG sobre esta materia, los

aplican los mismos requisitos a las medidas cautelares de suspensión y a las positivas<sup>3</sup>.

Es cierto que la necesidad de tutela cautelar es especialmente evidente en el caso de las pretensiones de anulación de actos administrativos, ya que en estos casos la Administración, al dictar el acto, ya ha producido directa y unilateralmente efectos jurídicos sobre el particular. Este argumento, así como, sobre todo, el carácter revisor del contencioso, su tendencia a configurarlo exclusivamente como un cauce de revisión de la legalidad de actos administrativos ya dictados, han llevado a muchos ordenamientos a sustantivar la suspensión del acto impugnado como única o principal medida cautelar en el proceso administrativo, ignorando las demás o relegándolas a una cláusula general<sup>4</sup>. Sin embargo, también el Derecho procesal civil, del que está

autos de 25 de octubre de 1988 (BVerfGE, 79, pgs. 69-79, en especial 74-75) y 25 de enero de 1995 [NJW, 48 (1995), pgs. 950-951]. Es de destacar que en estos dos últimos autos el BVerfG sigue afirmando que la tutela cautelar está garantizada constitucionalmente por el art. 19.4 GG, pero parece exigir que el demandante que solicite dicha tutela esté actuando judicialmente en defensa de un derecho fundamental, lo que podría hacer más difícil su obtención. Por otro lado, se añade una cautela según la cual si bien es cierto que se debe otorgar la tutela cautelar positiva cuando en caso contrario se puedan producir daños de imposible reparación para un derecho fundamental, «a no ser que, excepcionalmente, se opongan a ello motivos superiores especialmente importantes».

Sobre el fundamento constitucional de la tutela cautelar en Derecho alemán, vid. PAPIER, H.-J.: «Rechtsschutzgarantie», cit., §154, núms. 75 y ss.; PIETZNER, R. y M. RONLENTSCH: *Das Assessorenexamen*, cit., §51.1 (pg. 520); SCHENKE, W.-R.: «Comentario al art. 19.4 GG», en el *Bonner Kommentar*, núms. 383 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN, E. comentario al mismo artículo en MAUNZ, T., G. DÜRIG y otros (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, cit., núms. 273 y ss.; KOPP, F. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §123.3 (pg. 1814); HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §31.4 (pgs. 531-532).

3. Como ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia "Atlanta" del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)», *REDA*, 88 (1995), pgs. 565-579 (pg. 578).

En países como Alemania la aplicación del Derecho comunitario produce paradójicamente el efecto de reducir la tutela cautelar. El TJCE considera que algunas reglas como la del efecto suspensivo de la impugnación de los actos administrativos pueden ser contrarias al Derecho comunitario cuando el acto suspendido se haya dictado en aplicación del Derecho comunitario, pues en tal caso la suspensión automática limita su eficacia. Este problema ha dado lugar a una extensísima literatura en Alemania, donde se ha relacionado con el tema de la tensión entre el Derecho comunitario y las normas constitucionales nacionales sobre derechos fundamentales. Una exposición en WÜRTEMBERGER, T.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pg. 37; FINKELNBURG, K. y K. P. JANK: *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*. München, 1998 (4ª ed.), pgs. 601-615, así como en las obras citadas anteriormente en la nota 41 del Capítulo III.

4. Ejemplo de lo primero era el ordenamiento español hasta la aprobación de la LJCA/1998, puesto que tanto la LJCA/1956 como las anteriores sólo regulaban directamente la suspensión del acto impugnado. Los Tribunales también podían otorgar medidas cautelares positivas aplicando supletoriamente el art. 1428 LECiv/1881 (vid. entre otros GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios*, cit., vol. II, pg. 2021; GIMENO SENDRA, V., J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Derecho procesal administrativo*, cit., pg. 540), pero lo hicieron de forma muy esporádica. El Derecho alemán conoce dos tipos de medidas cautelares (es decir, de tutela cautelar o «vorläufiger Rechtsschutz»): la suspensión del acto impugnado (§§80, 80a y 80b VwGO) y la llamada «orden provisional» («einstweilige Anordnung», §123 VwGO). Sobre el sistema alemán de tutela cautelar, vid. BACIGALUPO, M.: «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», *RAP*, 128 (1992), pgs. 413-452. Sobre este tipo de medidas cautelares, vid. GONZÁLEZ-VARAS, S.: «La regulación expresa de otra medida cautelar paralela al efecto suspensivo del acto administrativo en el proceso administrativo», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, III (1991), pgs. 353-370. El hecho de que la «orden provisional» («einstweilige Anordnung») sólo se aplique cuando no entra en juego la medida de suspensión del acto impugnado no debe hacer pensar que se trata en todo caso de medidas cautelares positivas en el sentido de órdenes de hacer



sencillamente ausente la posibilidad de que un sujeto modifique por sí mismo la situación jurídica de otro y le reduzca a la posición de demandante o recurrente, regula y otorga medidas cautelares ante el ejercicio de pretensiones de condena (arts. 1428 LECiv/1881 y 721 y 724 de la Ley 1/2000), y además la situación de dependencia en que se encuentran los ciudadanos respecto a múltiples actos y prestaciones administrativas (desde una licencia urbanística hasta una pensión de viudedad u orfandad o la admisión a un curso académico) es en muchos casos mayor que la que se registra en las relaciones «inter privados». Una vez apoyada constitucionalmente la tutela cautelar ante el ejercicio de pretensiones de condena, es necesario determinar cuáles son sus instrumentos técnicos, teniendo presente tanto el umbral mínimo de la Constitución como la concreta regulación que contiene la LJCA.

## 2. LA INSUFICIENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO

Parece evidente que, si el objeto de un proceso no es la impugnación de un acto administrativo sino que en él se discute si la Administración está obligada a dictar

dirigidas a la Administración. Algunas pretensiones que en Derecho español parecen no tener cabida en la justicia administrativa (como las preventivas, dirigidas a que se condene a la Administración a no llevar a cabo en el futuro una conducta determinada que el demandante entiende que puede lesionar ilegalmente sus derechos) o que entre nosotros se han canalizado a veces a través de la impugnación de un acto administrativo (como las dirigidas contra las actuaciones en vía de hecho), se formulan en Alemania sin impugnar un acto administrativo y sin que pueda entrar en juego, por tanto, la medida cautelar de suspensión. Las medidas cautelares que se ordenen en estos procesos serán en todo caso «*einstweilige Anordnungen*» (medidas provisionales), aunque muchas veces su contenido es negativo o suspensivo, porque consiste en prohibir a la Administración que lleve a efecto una determinada actuación que podría producir una situación irreversible en perjuicio del demandante. Así, por ejemplo, en los procesos relativos a la asignación de puestos de trabajo a funcionarios es normal que el aspirante rechazado impugne la decisión de la comisión de selección y solicite una orden provisional por la que se prohíba al órgano competente que proceda al nombramiento del funcionario seleccionado (ya que se entiende que una vez formalizado el nombramiento no puede ser revocado, ni siquiera si la Sentencia anula la decisión de la comisión de selección). Difícilmente llamaríamos a esto medida cautelar positiva y sin embargo en Derecho alemán es una orden provisional, no la suspensión de un acto, ya que la decisión de la comisión de selección no se considera un acto administrativo, sino una decisión que sólo produce efectos en la esfera administrativa. Del mismo modo, quien repase la jurisprudencia alemana se encontrará con múltiples órdenes provisionales por las que se suspenden licencias urbanísticas recurridas por vecinos perjudicados por ellas. Ello se debe a que, hasta la reforma de 1991, se discutía si las reglas relativas a la suspensión de actos impugnados (que sólo tienen en cuenta el conflicto entre el particular interesado en la suspensión y el interés público en la ejecución del acto) eran aplicables también a los procedimientos triangulares, y los Tribunales que adoptaban la postura negativa otorgaban la tutela cautelar en estos casos a través de la figura de la orden provisional. La distinción entre los dos tipos de medidas cautelares del Derecho alemán no se basa en su contenido (medida suspensiva/medidas positivas), sino en el tipo de pretensión formulada en el proceso principal (en caso de pretensión anulatoria o «*Anfechtungsklage*», suspensión del acto impugnado; en todos los demás casos, orden provisional). La complejidad del sistema llevó en 1982 a la Asociación de Juristas Alemanes («*Deutscher Juristentag*») a proponer su reducción a una medida cautelar genérica, según recuerda BENDER, B.: «*Die einstweilige Anordnung*», en *Festschrift Menger*, pgs. 657-678 (pgs. 677-678). Hay que tener en cuenta que en Derecho alemán ambas figuras tienen una regulación distinta en todos los aspectos, una regulación particular del Derecho administrativo en el caso de la suspensión (que sigue siendo automática como regla general, aunque se trata de una regla que cada vez tiene más excepciones) y apoyada en el Derecho procesal civil en el caso de la orden provisional. Sobre la relación entre ambos tipos de medidas

un acto o a realizar alguna otra prestación en la que está interesado el demandante, ninguna tutela cautelar útil se puede obtener de la suspensión del acto impugnado (única medida prevista expresamente en la LJCA/1956), en unos casos porque no habrá en absoluto acto impugnado (en sistemas que no partan en todo caso del principio revisor) y en otros porque, aunque por exigencias de la Ley sea necesario provocar un acto expreso o presunto para vincular la instancia, ese acto será en estos casos una mera denegación que no produce efecto alguno y que por tanto tampoco tiene sentido alguno suspender<sup>5</sup>. La tutela cautelar que necesita el particular en estos casos de ejercicio de pretensiones de condena tendrá como tope el otorgamiento provisional del «petitum» de la demanda (máximo ejemplo de medida cautelar positiva u orden de ejecución), cabiendo en cada caso otras múltiples posibilidades en que, sin conceder ese máximo, se evite la producción de perjuicios de imposible o difícil reparación y, en definitiva, se mantenga abierta la posibilidad de que la sentencia de fondo tutele eficazmente los derechos e intereses del demandante<sup>6</sup>.

No hace falta un análisis muy complejo para darse cuenta de que si a pesar de todo se sigue discutiendo sobre la posibilidad de suspender actos denegatorios es porque la «suspensión del acto impugnado» puede tener una segunda acepción, que consista en permitir hacer o en conceder al particular, provisionalmente, aquello que solicitó y que la Administración le denegó (lo que se aplica sobre todo, pero no exclusivamente, a las autorizaciones). Esta perspectiva ha sido la predominante en la Jurisprudencia, como se verá a continuación<sup>7</sup>.

cautelares, vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §31, núms. 12-18 (pgs. 535-538); BRÜHL, R.: «Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren», *JuS*, 35 (1995), pgs. 916-921; KOPP, F. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §123.4 (pg. 1815); OBERMAYER, K.: «Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß», en *Gedächtnisschrift für Hans Peters*. Berlin-Heidelberg-New York, 1967, pgs. 875-890. Una exposición en español sobre el funcionamiento de esta clase de medidas cautelares en el Derecho procesal civil alemán puede verse en CALDERÓN CUADRADO, M. P.: «Medidas cautelares indeterminadas: su regulación en Derecho alemán», *Revista General del Derecho*, 517 (1992), pgs. 2505-2537.

5. Así, CHINCHILLA, C.: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Madrid, 1991, pgs. 161-162; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla*, cit., pgs. 15-16; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*. Madrid, 1986, pgs. 221-222; TORNOS MAS, J.: «La situación actual», cit., pgs. 117 y ss. PAREJO, L.: «La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo», *REDA*, 49 (1986), pgs. 19-44 (pg. 39), habla de «la insuficiencia de la técnica de la suspensión para alcanzar hoy una adecuada armonización de los contradictorios requerimientos derivados de la simultánea condición de la Administración como poder público actuante y sujeto justiciable. Dicha técnica deja, en efecto, fuera de su cobertura múltiples supuestos: desde todo el amplio campo de la inactividad administrativa hasta el complejo y frondoso mundo de las formas de actuación administrativa no imperativa, interventoras o limitadoras, pasando por los actos puramente negativos y la variada gama de actos prestacionales o de fomento sujetos a condiciones». Vid. también FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M<sup>a</sup>: «La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos», *RAP*, 120 (1989), pgs. 277-300.
6. La conocida Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las medidas cautelares en la Jurisdicción Administrativa [R (89) 8, aprobada por el Comité de Ministros el 13 de septiembre de 1989], aunque opera con un concepto de justicia administrativa que comprende únicamente la impugnación de actos administrativos, entiende que se necesitan medidas cautelares distintas de la suspensión del acto impugnado, lo que incluye la posibilidad de «ordenar el restablecimiento total o parcial del estado de cosas que existía en el momento en que se dictó el acto o que habría existido en un momento ulterior, así como imponer a la Administración todas las obligaciones que se estimen apropiadas, teniendo en cuenta los poderes de que dispone la autoridad judicial» (principio III).
7. En la doctrina alemana, O. BACHOF rechazó, por su falta de flexibilidad, la posibilidad de otorgar

En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos múltiples decisiones en las que, siendo claramente de condena la pretensión formulada en el proceso principal, se discute la suspensión del acto (denegatorio) impugnado como si fuese la única medida cautelar disponible, denegándose en la mayoría de los casos<sup>8</sup>. La razón de tal postura negativa no es, sin embargo, la esbozada por BACHOF, sino que se trata de una nueva manifestación del carácter revisor (tal vez no suficientemente puesta de manifiesto hasta ahora): si bien la sentencia, viene a decir el Tribunal Supremo, puede corregir a la Administración y declarar derechos del demandante que ésta ha denegado, lo que no puede hacerse mediante un simple incidente de medidas cautelares es conceder algo que la Administración ha denegado previamente o sobre lo que no se ha pronunciado. De ahí la inadmisibilidad de la suspensión de los actos denegatorios, pues su efecto útil (que es lo que solicitan los demandantes) es justamente ése, otorgar provisionalmente aquello que la Administración ha denegado<sup>9</sup>.

tutela cautelar en el ejercicio de pretensiones de condena a través de la suspensión del acto denegatorio impugnado, entendiendo que esta suspensión equivale a un otorgamiento provisional de lo solicitado. BACHOF estudia este tema en *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., pg. 44, trabajo cuya primera edición (1951) es anterior a la VwGO. Las leyes regionales vigentes en ese momento sólo prevenían, en general, la suspensión del acto impugnado, pero no la orden provisional (sí lo hacía la Ley de Rheinland-Pfalz, según PIETNER, R. y M. RONELLENFITSCH: *Das Assessorexamen*, cit., §51.4, pg. 522). A juicio de BACHOF, la suspensión no es útil como medida cautelar en las pretensiones de condena: no se puede hablar de suspender una denegación, no sólo por ser lógicamente absurdo, sino porque, si se interpreta en el sentido de conceder provisionalmente lo solicitado por el particular, se obligaría a la Administración a permitir o realizar actuaciones en algunos casos absurdas. Por ello era partidario del recurso a la orden provisional aplicando analógicamente la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO), cosa en aquel momento discutida por algunos autores. Para BACHOF, en definitiva, las pretensiones de condena no exigen una medida cautelar única que consista en el otorgamiento provisional de lo que se haya solicitado a la Administración (sería la medida cautelar positiva por excelencia, que él rechaza), sino un abanico de posibilidades mucho más amplio, a través de la figura abierta de la orden provisional. En el Derecho italiano se concede la suspensión del acto denegatorio impugnado cuando es la única forma de evitar la producción de perjuicios de imposible o difícil reparación, a pesar de que esa suspensión implica en realidad el otorgamiento provisional de lo solicitado, como explica QUINTANA LÓPEZ, T.: «Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano», *REDA*, 64 (1989), pgs. 533-546 (pgs. 540-541).

8. Es de presumir que en la mayoría de estos asuntos los recurrentes solicitaron precisamente la medida cautelar de suspensión, sabiendo que era la única recogida expresamente en la LJCA entonces vigente y que, si la propia suspensión era infrecuente, difícilmente iban a mover al Tribunal a adoptar una medida que le exigiese un esfuerzo argumental muy superior y que carecía y carece prácticamente de precedentes en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Tribunal habría podido otorgar, a pesar de esa petición, una medida cautelar positiva: la suspensión del acto denegatorio supone en realidad en estos casos el otorgamiento indirecto con carácter provisional de lo solicitado por el demandante en vía administrativa, es decir, la medida cautelar de más amplio contenido. Por tanto, el Tribunal puede otorgar, sin vulnerar el principio de congruencia, una medida que, expresada positivamente (o sea, de una forma técnicamente más clara y correcta), tenga en realidad el mismo contenido o uno menor.
9. Se trata de una Jurisprudencia muy abundante, estudiada por CHINCHILLA, C.: *La tutela cautelar*, cit., pgs. 155-157: «Un acto de esta naturaleza –tiene dicho el TS– difícilmente es susceptible de suspensión en vía judicial, ya que ello equivaldría al otorgamiento provisional –mientras se sustancia el proceso– de lo solicitado, cuando la finalidad de la medida cautelar regulada en el art. 122 LJCA es mantener, si fuera procedente, el “status quo” anterior a la adopción del acto recurrido». Según el Auto de 22 de febrero de 1985 (RJ 1985, 1190 Auto), «suspender la ejecución de un acuerdo municipal denegatorio de licencia de obras equivale (...) a autorizar la actividad denegada, sobre la cual se proyecta, mientras no se obtenga la revocación judicial de dicho acuerdo, una presunción de ilegalidad que impide hacer uso de la excepcional facultad del art. 122.2 de la Ley de esta Jurisdicción». El Auto de 16 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1971 Auto) afirma que la «suspensión será improcedente cuando se trate de un acto denegatorio de una petición, ya que

En algunas ocasiones se echa mano de un principio que tampoco es incontestable pero que es menos endeble que el carácter revisor y aún puede suscitar la adhesión de alguna doctrina: la idea de que las medidas cautelares sólo pueden servir para evitar una modificación del «status quo» (como en el caso de la suspensión del acto impugnado), pero no para modificarlo ellas mismas<sup>10</sup>.

sería un contrasentido el que pudiera obtenerse por la vía de la suspensión de la ejecutividad de un acto lo que había sido denegado en la vía principal, habiendo declarado este Tribunal con reiteración que la impugnación de la ejecución de los actos que en determinados supuestos establece el art. 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sólo contempla actos administrativos de contenido positivo, que por incidir gravemente en el patrimonio del actor puedan ocasionarle daños o perjuicios de reparación imposible o difícil». Recientemente, el Auto 27 de febrero de 1998 (RJ 1998, 2889 Auto) sostiene que «por regla general los actos (...) denegatorios de solicitudes, no admiten la posibilidad de ser suspendidos ya que dado su contenido negativo, la suspensión cautelar supondría su concesión, siquiera sea con carácter temporal (mientras dura la sustanciación del proceso)». El de 13 de julio de 1998 (RJ 1998, 6687 Auto) se refiere a «un acto de contenido negativo que, según doctrina reiterada de la Sala (Autos de 13 marzo 1986, 27 noviembre 1988 [RJ 1988, 8737 Auto], 26 febrero y 2 abril 1990, 27 marzo 1991, 8 junio 1993 y 25 enero 1996, entre otros), no es susceptible de suspensión en vía judicial, ya que ello equivaldría, en el presente caso, a la inclusión de las actoras en la relación del personal adscrito al Hospital Militar de La Coruña traspasado a la comunidad autónoma de Galicia, anticipando así preventivamente los efectos de una eventual sentencia estimatoria, lo que rebasa el alcance de la medida cautelar de suspensión». La relación con el dogma revisor es aún más clara en el siguiente fundamento del Auto de 3 de febrero de 1994 (RJ 1994, 903 Auto): «el Tribunal de instancia razona que si bien no procede, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la suspensión de acto negativo o denegatorio que equivaldría a otorgar el derecho a la situación pretendida, en el caso de autos existió un acto positivo anterior, ya que se autorizó el traspaso de la farmacia, aunque el derecho de él derivado se denegó por un acto posterior (el que no autoriza la cesión de titularidad) impugnado en el proceso principal. Por tanto en este supuesto no se da, a juicio del Tribunal de instancia, el otorgamiento indirecto de un derecho o una situación jurídica individualizada *sin acto administrativo previo*. Esta cuestión así planteada y el Fundamento de Derecho correspondiente de la Sentencia del Tribunal de instancia *que comparte plenamente esta Sala*, no han sido desvirtuados por el apelante, el cual ignora por completo la existencia del acto administrativo inicial o primitivo. Por tanto en el caso de autos la circunstancia de que se trate de suspender un acto denegatorio no es impedimento para que se otorgue la suspensión misma, pues ya había otro acto de contenido positivo anterior».

El TC utilizó en su Auto 811/1985 (RTC 1985, 811 Auto) un argumento similar para negar la suspensión solicitada en un proceso de amparo ciertamente especial, sosteniendo que «en tales supuestos el otorgamiento de la suspensión solicitada entraña algo más que una simple suspensión, e implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional, del amparo que se pretende, con lo que la medida cautelar se transformaría (...) en una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo».

10. Así se viene a afirmar en el auto de 17 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8737 Auto), relativo a la declaración de caducidad del procedimiento para la renovación de la autorización administrativa de un bingo: «Un acto de esta naturaleza difícilmente es susceptible de suspensión en vía judicial, ya que ello equivaldría al otorgamiento provisional —mientras se sustancia el proceso— de la renovación de la autorización, cuando la finalidad de la medida cautelar regulada en el art. 122 de la Ley Jurisdiccional es mantener, si fuera procedente, el “status quo” anterior a la adopción del acto recurrido, que en este caso viene definido por la autorización inicial y por el plazo de vigencia de la misma». En la misma línea, los Autos de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 7902) y 22 de marzo (RJ 1990, 1784) y 16 (RJ 1990, 5845) y 18 de julio de 1991 (RJ 1991, 5800). En cuanto a la adhesión doctrinal, AGUADO I CUDOLÁ, V.: «La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez (coordinado por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER). Madrid, 1993, vol. II, pgs. 1675-1734, sostiene que las medidas cautelares sólo sirven para mantener el «status quo», de modo que, cuando se pretenda ir más allá y producir una modificación del mismo, será preciso un título jurídico específico, ya sea un acto o una sentencia, firme o recurrida pero susceptible de ejecución provisional (pgs. 1701-1706).

Situada la cuestión en estos términos, es decir, aceptando como punto de partida que no existe más medida cautelar que la suspensión y que no se puede conceder en vía cautelar algo denegado por la Administración, la jurisprudencia introduce una serie de distinciones, estimulantes a veces intelectualmente pero poco útiles si se quiere construir un sistema de tutela cautelar que no parta de esos dos innecesarios pies forzados. El concepto de acto negativo ha sido objeto de una afilada delimitación<sup>11</sup>. Algunos actos sólo son negativos en apariencia, como la suspensión de una licencia urbanística<sup>12</sup>. En otras ocasiones se otorga la suspensión del acto negativo porque éste, aun siendo formalmente sólo la denegación de una solicitud, abre el camino a la producción de actos «positivos» de gravamen (actos represivos de la actividad para la que se había solicitado autorización): en estos casos el Tribunal desmiente un postulado que en otras ocasiones considera irrenunciable y concede provisionalmente lo solicitado por el demandante, pero la razón de la diferencia estriba tal vez en que lo solicitado es en estos casos mantener una determinada actividad, no comenzar la realización de un proyecto totalmente nuevo<sup>13</sup>. Sin que falte la observación, obvia, de

11. El Auto de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991, 4098) pone fin a uno de esos intentos de distinción, que el Tribunal de instancia había avalado. Se trataba de la denegación de la renovación de un concierto educativo. El auto de instancia decía que una cosa es la denegación del concierto (típico acto negativo) y otra distinta la denegación de la renovación. El auto del TS no acepta ese razonamiento porque el Reglamento aplicable no reconoce en ningún caso un derecho a la renovación del concierto.
12. Vid. CHINCHILLA, C.: *La tutela cautelar*, cit., pgs. 157-159. La Jurisprudencia otorga la suspensión de las resoluciones que a su vez suspenden una licencia urbanística, pero no la de los actos que ordenan la paralización de obras realizadas sin licencia. Así, según el Auto de 13 de junio de 1989 (RJ 1989, 4662), «ciertamente esta Sala viene declarando que no resulta viable la suspensión de la ejecución de los actos "negativos", entendiendo por tales aquellos que no modifican o alteran la situación jurídica preexistente. Si la suspensión de la ejecución del acto administrativo es una medida cautelar que (...) aspira a mantener la situación anterior a la emanación del acto, resulta claro que para que tal suspensión tenga sentido será preciso que el acto administrativo haya introducido alguna innovación en la situación jurídica anterior. Si esto no es así, si el acto administrativo no incidió en la realidad jurídica modificándola, la suspensión de su ejecución carecería de virtualidad. Pero no es éste el supuesto litigioso: el hoy apelado había obtenido una licencia de obras y por tanto estaba autorizado para su ejecución. Declarada la caducidad de aquélla y paralizadas las obras, los actos que así lo decidían no son negativos: alteraron la situación jurídica eliminando una posibilidad de actuación que antes existía». Por contra, el Auto de 20 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1384) deniega, con cita de esta doctrina, la suspensión solicitada, porque en aquel caso el acto cuya suspensión se había solicitado era la orden de paralización de unas obras que se habían comenzado a ejecutar sin licencia.
13. Así ocurre en materia de extranjería, donde se suspenden actos de contenido negativo (denegación de tarjetas y permisos de residencia) porque en realidad sí transforman la situación jurídica preexistente, convirtiendo en ilegal la permanencia del demandante en España y legitimando actuaciones administrativas dirigidas a su expulsión: así en el Auto de 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 274 Auto): «no resulta viable la suspensión de la ejecución de los actos negativos, entendiendo por tales aquellos que no modifican o alteran la situación jurídica, preexistente, tal como acontece en el acto impugnado objeto de la solicitud de suspensión». En estos casos, el Tribunal rechaza expresamente el argumento, invocado con frecuencia por el abogado del Estado, de que el acto cuya suspensión se solicita es simplemente negativo, que no modifica la situación jurídica del demandante, de modo que los efectos negativos que se intentan paralizar se derivarán en su caso de los posteriores actos represivos (orden de expulsión, por ejemplo), por lo que procede denegar la suspensión y remitir al demandante a la impugnación de esos actos represivos posteriores, en caso de que se produzcan. Rechazan ese argumento los Autos de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8759 Auto) y 3 de abril de 1998

que en múltiples supuestos la suspensión del acto denegatorio no permite en realidad al demandante llevar a cabo la conducta para la que solicitó autorización, ya que ésta sigue estando prohibida a no ser que se la autorice expresamente mediante acto administrativo o medida cautelar positiva<sup>14</sup>.

La idea que está en la base de esta jurisprudencia, es decir, que resulta jurídicamente inadmisibles que una simple medida cautelar permita, aunque sea provisionalmente, llevar a cabo una actividad o disfrutar una prestación que la Administración ha denegado expresa o tácitamente, fue incorporada al Proyecto de LJCA/1995<sup>15</sup>, y acaba de ser desautorizada por el artículo 726.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

### 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS EN LA JURISPRUDENCIA

La expresión «medidas cautelares positivas» se ha consolidado en nuestra doctrina y me parece suficientemente expresiva para designar aquellas medidas cautela-

(RJ 1998, 3424 Auto), aunque lo admite el de 20 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8232 Auto). Vid. CHUNCHILLA, C.: *La tutela cautelar*, cit., pgs. 157-159.

Un conflicto de intereses similar es el que está detrás de otra de las resoluciones del Tribunal Supremo que ha sido destacada por la doctrina en cuanto suspensiva de un acto de contenido negativo: se trata del Auto de 12 de marzo de 1984 (RJ 1984, 2506 Auto), comentado por SUAY RINCÓN, J.: «Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984», *REDA*, 50 (1986), pgs. 265-268. En este caso, lo que se suspendió fue la resolución denegatoria de la apertura definitiva de un bingo, dándose la circunstancia de que el bingo ya venía funcionando en virtud de una autorización provisional, por lo que la ejecución del acto impugnado sí habría modificado su situación jurídica (obligando a la sociedad recurrente a cerrar el bingo) a pesar de su contenido meramente negativo.

14. Como indica AGUADO I CUDOLÁ, V.: «La reciente evolución», cit., pg. 1704, nota 90. El célebre Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco de 21 de marzo de 1991 (al que me refiero más adelante en la nota 20) que otorgó una medida cautelar positiva, comenzó rechazando la alternativa de suspender el acto impugnado (denegación de una autorización), porque la suspensión del acto que deniega una licencia no significa autorización para el ejercicio provisional de la actividad para la que se haya solicitado licencia, ya que sigue siendo aplicable a esa actividad la Ley o el reglamento que someten esa actividad a prohibición bajo reserva de autorización, a no ser que se suspenda esa norma, lo que no tendría sentido.
15. El art. 128.2 del Proyecto de 1995 disponía que el recurrente «no podrá pretender en este incidente [el de suspensión del acto impugnado] la obtención de derechos o facultades cuyo otorgamiento hubiere sido denegado por el acto impugnado, sin perjuicio de la adopción, en su caso, de las medidas cautelares a que se refiere el art. 133». Este último precepto regulaba «otras medidas cautelares», rúbrica que incluye las de carácter positivo, pero sólo debía entrar a aplicarse «en casos de urgencia, inactividad o vía de hecho». Si interpretamos esta restricción, destacada expresamente en la Exposición de Motivos (§VI.5), en relación con el concepto legal de inactividad (art. 28.1 del Proyecto de 1995, que se corresponde con el 29.1 de la LJCA/1998), se llega a la conclusión de que, o bien el precepto comentado sólo excluía la obtención con carácter definitivo de derechos y facultades por vía cautelar (con lo cual no significaría nada, ya que todas las medidas cautelares son esencialmente provisionales), o bien el Proyecto pretendía impedir la entrada en juego de las medidas cautelares positivas en las pretensiones de condena dirigidas a la obtención de actos favorables (por ejemplo, autorizaciones), y mucho menos la obtención por vía cautelar del permiso para llevar a cabo de forma provisional la actividad para la que se hubiese solicitado autorización. Con ello se pretendía llevar al texto de la Ley, a mi juicio, la Jurisprudencia sobre la suspensión de los actos negativos.

res que no consisten en la suspensión de la eficacia del acto impugnado<sup>16</sup>. Su contenido lo fija la resolución judicial correspondiente sin referencia a un acto impugnado, y normalmente consiste en una condena dirigida a la Administración. Es importante aclarar que esas medidas positivas no consisten necesariamente en el otorgamiento al demandante, con carácter provisional, de aquello que ha solicitado en el «petitum» de la demanda y que la Administración ha denegado expresa o tácitamente (una prestación administrativa, la posibilidad de llevar a cabo una actividad sometida a autorización, etc.). También caben otras medidas, enderezadas en todo caso a evitar que la demora en la terminación del proceso principal dé lugar a la producción de daños de imposible o difícil reparación y, en consecuencia, a la inutilidad del proceso.

En sus Sentencias 238/1992 (RTC 1992, 238) y 148/1993 (RTC 1993, 148), el Tribunal Constitucional ha calificado de constitucionalmente exigidas e indispensables determinadas medidas cautelares dictadas por algunos Tribunales Superiores de Justicia y anuladas por el Tribunal Supremo, en virtud de las cuales, y estando pendientes recursos dirigidos contra los actos administrativos que imponían servicios mínimos ante determinadas huelgas, se modificaban cautelarmente dichos servicios mínimos<sup>17</sup>. Estas medidas cautelares merecen ser especialmente destacadas porque su eficacia es muy superior a la de las medidas cautelares ordinarias. Como la huelga tiene una fecha fija, anterior en todo caso a la sentencia que resuelve el fondo del asunto, la medida cautelar no se limita a dictar una regulación provisional para el período transitorio, revisable en el momento en que se dicte sentencia, sino que es la medida cautelar la que va a regir, de forma irrevocable, durante la huelga, desplazando al acto administrativo recurrido. Menos llamativas son otras medidas cautelares positivas recogidas en la jurisprudencia constitucional, como las de anotación preventiva de la demanda<sup>18</sup>.

En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentran algunas decisiones cuyo contenido se basa más en una evaluación de los intereses en presencia y de las necesidades de tutela que en el concepto de acto negativo. Así, en alguna ocasión se ha otorgado, ante la denegación de una licencia, una medida parcial que intenta evitar que se produzcan hechos consumados a favor de ninguna de las partes<sup>19</sup>. También

16. En la doctrina, OSORIO ACOSTA, E.: *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*. Madrid, 1995, pg. 120 (texto y nota 303), habla de las «mal llamadas» medidas cautelares positivas, aunque la falta de fundamentación de este juicio impide tomar postura frente al mismo, especialmente porque en esta obra tampoco se aborda el problema de la suspensión de los actos denegatorios y de su rechazo jurisprudencial.

17. Sobre estas Sentencias, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla*, cit., pg. 325; CHINCHILLA MARÍN, C.: «El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales», *RAP*, 131 (1993), pgs. 167-189 (esp. pgs. 183-189).

18. Vid. CHINCHILLA, C.: *La tutela cautelar*, cit., pgs. 155-162 y 188.

19. Así en el Auto de 23 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7246 Auto), relativo a una licencia para realizar obras en un edificio fuera de ordenación: «la suspensión se extiende tan sólo a que pueda llevarse a efecto la urgente reparación de tal cubierta y sin que afecte por tanto al resto del acto administrativo que deniega la licencia de obras». Así se evita el hecho consumado de la ruina del edificio y también la alternativa contraria (asimismo difícilmente reversible) de que se realicen, al amparo de una medida cautelar y por tanto provisional, obras que mejoren radicalmente la

es destacable la Jurisprudencia relativa a prórrogas y exenciones del servicio militar, en la que no se atiende para nada al carácter obviamente negativo de los actos que las deniegan, sino a la necesidad de evitar que la sentencia que se dicte sobre el fondo quede privada de sentido<sup>20</sup>.

También son destacables algunas decisiones de Tribunales Superiores de Justicia cuyo eco en la doctrina hace innecesario aquí un comentario extenso. Así, en un caso en que la Administración había denegado por silencio la solicitud de una licencia, el Tribunal le ordenó que motivara esa resolución a fin de valorar la posibilidad de emitir una segunda medida cautelar que permitiese al demandante llevar a cabo cautelarmente la conducta para la que había solicitado licencia<sup>21</sup>. En otro caso en que la denegación de licencia se apoyaba en un motivo que el Tribunal consideró, en un enjuiciamiento sumario, «*ictu oculi*» incorrecto, ordenó a la Administración que continuara tramitando la solicitud atendiendo a los demás presupuestos de la licencia pero dando por cumplido aquel que había motivado la resolución denegatoria impugnada<sup>22</sup>. En un campo distinto al de las autorizaciones pero también incluido en las pretensiones de condena, otro Tribunal Superior de Justicia ha ordenado a la Administración que pague al demandante, provisionalmente y a cuenta del resultado definitivo del pleito, el importe de una subvención solicitada por éste y denegada en vía administrativa<sup>23 y 24</sup>.

condición del inmueble y hagan mucho más compleja la adaptación de la realidad material al planeamiento.

20. Así, el Auto de 25 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7006 Auto) no hace ningún razonamiento sobre el contenido negativo del acto suspendido. Sólo dice que si el Auto de 10 de octubre de 1987 (RJ 1987, 8328 Auto) suspendió la denegación de una *prórroga*, que a fin de cuentas sólo supone adelantar el cumplimiento de un deber que el particular no discute, con mayor motivo habrá que admitir la suspensión cuando lo que se solicita es la exención, porque en ese caso una eventual sentencia estimatoria sería totalmente ineficaz al haberse cumplido ya el servicio militar. Con posterioridad parece haberse evolucionado hacia una postura más restrictiva y el Auto de 3 de abril de 1998 (RJ 1998, 3423 Auto) sostiene que «si lo que se cuestiona en el procedimiento, no es la oportunidad de la prestación del servicio militar en atención al tiempo en que ésta deba de llevarse a cabo (denegación de prórroga), sino la procedencia o improcedencia de la prestación de dicho servicio en razón a estar exento del mismo por la concurrencia de alguna de las causas que se establecen en el Reglamento (...), al ser objeto de la revisión jurisdiccional la exención o no del recurrente a prestar el Servicio Militar obligatorio (...) de no concederse la suspensión se causarían al actor unos daños o perjuicios de reparación imposible o difícil habida consideración de que una vez cumplido el mismo por el período reglamentariamente establecido, si la Sentencia que se dictase en su momento declarase su inexistencia respecto del recurrente no existiría para él una posible reparación que compensase de un lado una obligación legalmente inexigible y de otro el tiempo que el mismo permanezca en el servicio militar».
21. Se trata del Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, reseñado en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla*, cit., pgs. 223 y ss., y CHINCHILLA, C.: «De nuevo sobre la tutela cautelar», cit., pgs. 457-464.
22. Se trata del Auto de 14 de octubre de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, reseñado por CHINCHILLA, C.: «De nuevo sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *La justicia administrativa en el Derecho comparado*. Madrid, 1993, pgs. 447-467 (pgs. 464-467).
23. La medida cautelar la adopta el Auto de 26 de febrero de 1998 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, comentado por HERRAIZ SERRANO, O.: «El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro *batallar* por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del «*référé-provision*»» (Comentario al Auto de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de febrero de 1998), *RAP*, 147 (1998), pgs. 141-157.
24. Estas medidas cautelares positivas quedan encuadradas en la figura alemana de la orden provi-



En todos estos casos, los Tribunales no sólo abandonaron el esquema de la suspensión del acto impugnado y de la posibilidad de suspensión de los actos de contenido negativo, sino que también eludieron, acertadamente a mi juicio, la discusión sobre si las medidas cautelares pueden modificar la situación jurídica del demandante, concediéndole algo denegado por la Administración, o bien deben

sional («einstweilige Anordnung») y se corresponden además con medidas concretas conocidas en la jurisprudencia y en la doctrina de ese país. Por lo que se refiere a la orden de pago provisional del importe de la subvención solicitada, se conoce con el nombre de «orden de prestación» («Leistungsanordnung»), y la estudian por ejemplo PIETZNER, R. y M. RONELLENFITSCH: *Das Assessorexamen*, cit., §58.3 (pg. 612), §58.17-18 (pg. 620); ROHMMEYER, H.: *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten*. Berlin, 1967, pgs. 172-173; KOPP, F. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §123.6-8 (pgs. 1818-1820). Este tipo de medidas se otorgan a pesar de no estar reconocidas expresamente por la *VwGO*, que sólo menciona las medidas de aseguramiento («Sicherungsanordnungen»), cuya finalidad es evitar que durante la tramitación del proceso se consuma una situación que prive de sentido a la sentencia que finalmente se dicte, y las medidas regulativas («Regelungsanordnungen»), con las que el Tribunal adopta disposiciones acerca de la situación litigiosa para el periodo de pendencia del proceso a fin de evitar también aquí la producción de hechos consumados. Por tanto, el hecho de que el §123 recoja sobre todo medidas de carácter conservativo del «status quo», más que de satisfacción provisional de la pretensión de condena formulada, no ha impedido el otorgamiento de estas últimas siempre que se den los requisitos necesarios.

En cuanto a las medidas cautelares del TSJ del País Vasco, BENDER, B.: «Die einstweilige Anordnung», cit., pg. 659, recoge entre las medidas que se pueden dictar al amparo del §123 *VwGO*, la condena «a resolver provisionalmente sobre una solicitud del demandante (en determinadas circunstancias bajo reserva de revocación [en función, lógicamente, del resultado del proceso principal]), incluyendo si es necesario la previsión de que un determinado presupuesto normativo del acto solicitado, que deberá ser explicitado más detalladamente, deberá darse por cumplido». También BREUER, R.: en «Mitlaufende Verwaltungskontrolle» prozessuale Entwicklungen und Irrwege», *NJW*, 33 (1980), pgs. 1832-1834, comenta diversas resoluciones muy similares de Tribunales alemanes relativas a la impugnación de autorizaciones de apertura de centrales nucleares. En Derecho alemán, la Administración puede oponerse a la suspensión automática del acto impugnado ordenando expresamente su ejecución por los perjuicios que en otro caso se producirían para los intereses públicos o de terceros. En los casos comentados por R. BREUER, la Administración había autorizado el funcionamiento de la central nuclear. La autorización había quedado en suspenso como consecuencia de la interposición de un recurso, y posteriormente la Administración había ordenado su ejecución. Impugnada también esta orden, el Tribunal decidió, de forma cautelar y hasta que resolviera sobre el fondo, autorizar sólo en parte la entrada en funcionamiento de la central, ordenando a la Administración que le informara en un determinado plazo sobre los riesgos que se podrían derivar de la puesta en marcha de otros mecanismos de la misma. El Tribunal ordenó a su vez la aplicación de ciertos sistemas de seguridad pero sólo de forma condicional, es decir, a no ser que el órgano competente en materia de seguridad (una figura similar al Consejo de Seguridad Nuclear) negase motivadamente la necesidad de tales mecanismos de seguridad.

Este tipo de medidas cautelares se han teorizado en Alemania como una parte del control de legalidad *paralelo* («mitlaufend»), por oposición al control «a posteriori» o revisor. Con ello se intenta acortar el tiempo de duración de los trámites administrativos previos a la ejecución de obras públicas o proyectos de grandes dimensiones (complejos industriales, etc.) y que se caracterizan por afectar a múltiples interesados y dar lugar siempre a impugnaciones que pueden retrasar en varios años su realización. El control paralelo consiste en dar lugar a que los Tribunales se pronuncien definitivamente sobre los aspectos jurídicamente más problemáticos de la operación mientras se tramita el procedimiento administrativo, de forma que el resultado de la intervención judicial se pueda integrar en la resolución final, haciéndola inmune a nuevas impugnaciones. Esta forma de actuación es, como forma de gestión, mucho más racional, pues en caso contrario es preciso esperar a que concluya la compleja tramitación de todos los procedimientos para aclarar judicialmente cuestiones ya planteadas desde el principio, con la consecuencia de que si se detecta una ilegalidad (que habría sido fácilmente corregible en una fase anterior) es preciso repetir una parte importante del procedimiento tramitado.

limitarse a, en su caso, restaurar la situación previa a la producción del acto impugnado. El razonamiento jurídico seguido en todos estos casos es el que se deriva de las premisas constitucionales: se trata de evitar que, en el tiempo que media hasta que se dicte sentencia, se produzcan al demandante daños que priven de sentido a dicha sentencia. Desde luego, los Tribunales admiten que, si se da esta situación de necesidad, se pueden dictar medidas cautelares que alteren la situación jurídica del demandante e incluso que le concedan provisionalmente el «petitum» de la demanda, si bien no en todos los casos se llega a este resultado extremo.

Igualmente es de destacar que en la práctica no se ha llegado a vivir la dramática contraposición, denunciada en la doctrina, entre el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de la medida cautelar, por un lado, y los intereses públicos, por otro<sup>25</sup>. La potestad judicial de configurar el contenido de la medida cautelar en función de las circunstancias del caso concreto permite eludir ese conflicto. Así, en los autos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en los que «a priori» podría presumirse planteado un conflicto entre el interés del demandante, que aspiraba a ejecutar cuanto antes la actividad para la que había solicitado licencia, y los intereses públicos que se pretende tutelar mediante el sometimiento de esa actividad a una prohibición con reserva de autorización, que son normalmente la salud y seguridad públicas, el Tribunal elude llevar a cabo bajo su propia responsabilidad dicha ponderación. En un caso, solicita a la Administración que motive la denegación, para ver si realmente existe un efectivo interés público o de terceros que se oponga a la satisfacción de la demanda de tutela cautelar. En el segundo, da por cumplido cautelarmente un requisito legal del acto solicitado (en el que no estaba en juego ningún interés público apremiante ni se podían producir daños, porque con ese requisito sólo se pretendía evitar que creciera la concentración espacial de un tipo de establecimientos) y encomienda a la Administración que examine la concurrencia de otros posibles impedimentos del otorgamiento del acto, por lo que es ella quien va a evaluar finalmente si los intereses públicos impiden o no la estimación cautelar de la solicitud del particular.

#### **4. LA TUTELA CAUTELAR DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA EN LA LEY JURISDICCIONAL DE 1998**

La regulación de las medidas cautelares, especialmente en las pretensiones de condena, es uno de los (escasos) puntos en que se han producido variaciones desde el Proyecto remitido al Congreso en 1995 hasta la LJCA aprobada en julio de 1998. El Proyecto de 1995 recogía, como he dicho más arriba, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la suspensión de actos negativos y excluía expresamente que por vía cautelar se otorgase provisionalmente lo solicitado en la demanda. El argumento utilizado en la Exposición de Motivos para justificar este precepto no era el supuesto carácter conservativo de las medidas cautelares ni la necesidad de obtener un previo

---

25. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla*, cit., pgs. 214-216, y CHINCHILLA, C.: *La tutela cautelar*, cit., pgs. 184-186.

pronunciamiento administrativo, sino que se trataba de evitar la consolidación de una «justicia sumaria», basada en presunciones, que es a lo que quedaría reducida, según esta tesis, la concesión de medidas cautelares<sup>26</sup>.

El Proyecto de Ley presentado en 1997 rectificó claramente esta postura. Dedicó una sección específica a las medidas distintas de la suspensión (arts. 129-132) y dispuso que «[e]l Juez o Tribunal ordenará las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias, *incluido en su caso el aseguramiento o regulación provisional de aquellos derechos o facultades controvertidos cuya naturaleza lo permita*» (art. 129.2), fórmula en la que es patente el influjo de las órdenes provisionales del Derecho alemán<sup>27</sup>.

En la tramitación parlamentaria se introdujeron nuevas modificaciones<sup>28</sup>. La Ley no se refiere a la suspensión y a otras medidas, sino a las medidas cautelares

26. Según la Exposición de Motivos (§VI.5), «la justicia cautelar se desnaturalizaría, con riesgo de convertirse en una especie de justicia sumaria, si se fundara en meras apariencias jurídicas, insuficientemente contrastadas en el momento de acordarse la decisión incidental que corresponda. Su finalidad no es anticipar el resultado del proceso, sino prevenir los perjuicios que puedan producirse mientras se tramita». Debido a que la tutela cautelar es siempre y necesariamente una justicia sumaria y basada en presunciones [como recordó a este respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: en «Sobre la posibilidad», cit., pg. 575, nota 13], hay que entender que lo que la Exposición de Motivos consideraba deseable era una reducción del alcance de las medidas cautelares. Por otro lado, el argumento de la justicia sumaria tampoco fue apurado por sus defensores hasta el punto en que podría haber desembocado constitucionalmente, es decir, si el hecho de que unos Magistrados se hayan formado, ciertamente a base de presunciones o de un conocimiento incompleto del asunto, una idea sobre el fondo del mismo a efectos de apreciar la concurrencia del «fumus boni iuris», les incapacita para dictar sentencia sobre el fondo como ocurre en el orden jurisdiccional penal (STC 145/1988 [RTC 1998, 145]). A esta conclusión no se llega, por otro lado, en ningún derecho que yo conozca. En Alemania el Tribunal que conoce de la cuestión de fondo es competente también para dictar las medidas cautelares. Es más: un Tribunal Constitucional europeo, la «Cour d'arbitrage» belga, se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, por la vía de una cuestión prejudicial. En su Decisión 17/1999, de 10 de febrero, publicada en «Journal des Tribunaux», núm. 5928, de 22 de mayo de 1999, este Tribunal afirma que el hecho de que una misma sección del Consejo de Estado decida primero sobre la suspensión del acto impugnado y después sobre el fondo del recurso, no supone un atentado a la imparcialidad objetiva y no lesiona, por tanto, el art. 6 CEDH (al que se remiten los arts. 10 y 11 de su Constitución).

27. A este doble carácter de las medidas cautelares positivas se había referido ya M. BAGGALUPO, al hablar de la necesidad de una «tutela cautelar eficaz mediante la concesión de medidas cautelares positivas, ya sean innovativas si la pretensión de condena (positiva) se dirige contra actos denegatorios de solicitudes dirigidas a la Administración o una omisión administrativa, ya sean conservativas si la pretensión de condena (negativa) se dirige contra actuaciones materiales limitadoras de derechos de los particulares», en «¿Es posible ejercitar pretensiones de condena?», cit., pg. 1106. En Alemania la bipartición de las órdenes provisionales en función de su contenido y finalidad se percibe a veces como una limitación y sobre todo no recoge claramente, como hemos visto en la nota 24, las medidas cautelares que consisten en el otorgamiento provisional de lo solicitado en la demanda.

28. La redacción definitiva de los arts. 129-136 se fijó en una enmienda transaccional propuesta en el Informe de la Ponencia que examinó el Proyecto en el Congreso de los Diputados, publicado en el BOCG, Congreso, A-70/9, de 10 de marzo de 1998. De entre las enmiendas presentadas, la núm. 26 (PNV), publicada junto a las demás enmiendas en BOCG, Congreso, A-70/8, de 24 de noviembre de 1997, había propuesto que se suprimiera la distinción entre la suspensión del acto y las demás medidas cautelares, sustituyéndola por una mención a los recursos contra la inactividad y la vía de hecho. El texto finalmente aprobado se ajusta básicamente a esta propuesta.

en general, y por lo tanto tampoco se enuncia el contenido posible de las medidas cautelares positivas<sup>29</sup>. En la práctica, esta abstracción puede servir para que los Tribunales acepten dictar más fácilmente medidas cautelares que consistan en el otorgamiento provisional de lo solicitado en la demanda (medidas que el proyectado art. 129.2 no incluía con claridad) o bien, por el contrario, para que algunos Tribunales ignoren por completo las medidas positivas y sigan concediendo o denegando sólo la suspensión de los actos negativos. Por otro lado, la Ley establece una presunción favorable al otorgamiento de medidas cautelares en los casos de inactividad o vía de hecho (art. 136.1), incorporando en estos supuestos la posibilidad de solicitar la medida cautelar antes de la interposición del recurso (art. 136.2)<sup>30</sup>.

Para determinar cuáles son los presupuestos legalmente exigidos para la obtención de medidas cautelares en procesos en que se hayan formulado pretensiones de condena, es preciso interpretar sistemáticamente los artículos 130.1 y 136.1, puesto que ya nos consta que estas pretensiones no siempre encajan en el recurso contra la inactividad administrativa que regula el artículo 29<sup>31</sup>. De esa interpretación sistemática resultan tres requisitos, por otra parte coincidentes exactamente con los que exigen en Derecho alemán: «*fumus boni iuris*», «*periculum in mora*» y resultado favorable de la ponderación de los intereses públicos y privados en conflicto<sup>32</sup>. El «*fumus boni iuris*» se menciona en el artículo 136.1 y debe exigirse también en el supuesto general del 129.1. No sólo porque así se exige unánimemente en la teoría de las medidas cautelares, sino porque, si la falta de este requisito excluye la medida cautelar en

29. Aunque el legislador hable en el art. 129.1 de «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» y la suspensión sólo se mencione en el 129.2 y a propósito de los recursos contra reglamentos, lo cierto es que buena parte de las normas incluidas en este capítulo se refieren sólo a la suspensión, como el art. 130.1, que dispone que «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso».

30. Se trata de una técnica conocida en el Derecho alemán (§123.1 VwGO). Pero la medida cautelar sigue siendo instrumental respecto a un proceso plenario, de cognición: el demandante que la obtiene debe interponer el recurso «en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares» (art. 136.2), por lo que esta clase de medidas no constituyen esa especie de interdicto, tomada de la institución francesa del «*référé*», a que se refería GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla*, cit., pgs. 339 y ss. En el «*référé*», el demandante obtiene por vía cautelar la prestación solicitada sin necesidad de iniciar a la vez o a continuación un proceso declarativo; esta posibilidad queda a disposición de la parte que haya perdido en el «*référé*», que puede dar la vuelta en el proceso declarativo al resultado del «*référé*», como sucede en los interdictos.

31. Las medidas cautelares positivas no pueden quedar reducidas, por tanto, al recurso contra la inactividad administrativa, sino que podrán dictarse también, siempre que se den los demás requisitos, cuando el demandante haya formulado una pretensión de condena en relación con la impugnación de un acto administrativo.

32. Los requisitos exigidos en Derecho alemán son: que se acredite tener el derecho que se pretende tutelar a través de la medida cautelar («*Anordnungsanspruch*», equiparable al «*fumus boni iuris*»), que se muestre la necesidad de esa medida cautelar («*Anordnungsgrund*», que se corresponde al «*periculum in mora*»), y que sea positivo el resultado de la ponderación entre el interés del recurrente y el interés público contrario. Si se dan esos tres presupuestos, el Tribunal debe ordenar una medida cautelar, aunque se entienda que goza de discrecionalidad en la determinación de su contenido. Vid. HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §33.15 (pgs. 572-573); PIETZNER, R. y M. RONELLENFISCH: *Das Assessorexamen*, cit., §58.12 (pgs. 617-618); KOPP, F. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §123.6 (pg. 1819); REIDERER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §123.19 (pg. 752); BOSCH, E. y J. SCHMIDT: *Praktische Einführung*, cit., pg. 321.

el caso del artículo 136.1, el más favorable a su concesión, debe considerarse también exigible en el 129.1, que no parte de un *favor* tan claro hacia el otorgamiento de la tutela cautelar.

El «*periculum in mora*» se menciona en el artículo 130.1 («cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso») pero no en el 136.1. Cabría la posibilidad de interpretar este último en función del 129.1 (cláusula general de medidas cautelares) y considerar exigible también aquí el «*periculum in mora*» debido a que todas las medidas han de servir para asegurar «la efectividad de la sentencia», y por tanto no tiene sentido su adopción en el caso de que dicha efectividad no corra ningún peligro porque los daños derivados de la espera pueden ser fácilmente reparados. Sin embargo, también hay motivos para defender la tesis, más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de que la voluntad del legislador ha sido que el demandante disfrute desde el primer momento de la prestación administrativa que le es debida o que se paralice desde el primer momento la actuación en vía de hecho impugnada. Esta interpretación es lógica si se piensa en los duros requisitos del recurso contra la inactividad del artículo 29 (derecho a una prestación administrativa concreta y determinada en virtud de un título jurídico anterior), que deberían hacer relativamente sencillo anticipar en muchos casos el resultado del examen del fondo del asunto. Si la Administración ha incumplido una obligación que ella misma ha contribuido a crear al dictar un acto o concluir un convenio, o que le impone un precepto que no necesita de interpretación alguna ni de la interposición de un acto, parece plausible que sea ella y no el demandante quien soporte la situación de pendencia mientras dura la tramitación del proceso. Con mayor razón aún en el recurso contra la vía de hecho, también incluido en el artículo 136.1, pues aquí la actuación administrativa no merece ninguna presunción favorable y de lo que se trata, lo mismo que en el interdicto al que con este recurso se pretende suplir con ventaja, es de paralizarla inmediatamente<sup>33</sup>.

Tanto el artículo 130.1 como el 136.1 imponen también otro requisito, que consiste en la ponderación entre el interés del sujeto que solicita la tutela cautelar y los intereses públicos o de terceros que pueden resultar perjudicados como consecuencia de la medida cautelar solicitada<sup>34</sup>. Sobre este presupuesto se ha producido en la doctrina un debate al que ya me he referido anteriormente y que tiene su sede en la teoría general de las medidas cautelares, sin ofrecer ninguna característica adicional

33. De todas formas, el tenor del art. 136.1, que se asemeja al art. 56.1 LOTC y al ahora derogado art. 7.4 de la Ley 62/1978 al alterar esquema regla/excepción en el otorgamiento de la medida cautelar, no deja de causar cierta perplejidad, pues se trata mejor, paradójicamente, a quien aspira a alterar el «*status quo*» mediante la obtención de una prestación administrativa a través del recurso contra la inactividad que al recurrente que ya ha sufrido en su patrimonio una intervención unilateral y ejecutiva de la Administración (acto administrativo).

34. El art. 130.1 LJCA dice que la medida sólo podrá acordarse «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto», mientras que el 136.1 LJCA establece que la medida no se adoptará en caso de que «ocasiona una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada». Destaca la preocupación del legislador por evitar que la mera alegación de este requisito sirva para denegar de forma generalizada las peticiones de medidas cautelares.

en el caso de las pretensiones de condena. La radicalidad de las posturas, en especial de la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, me parece totalmente comprensible, en primer lugar porque la ponderación de los intereses (en su versión de primacía del interés público en el mantenimiento del acto impugnado sobre el interés meramente particular del recurrente) ha sido el viejo argumento de la jurisprudencia contra las medidas cautelares y podría ser una especie de caballo de Troya que las inutilizara a pesar del nuevo apoyo que les presta su inserción en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva<sup>35</sup>. En segundo lugar, porque si se ha basado la tutela cautelar en un derecho fundamental, es necesario ser coherente con los efectos de esta calificación, y esto exige mucha precaución a la hora de rebajar su contenido mediante la ponderación o compensación con otros intereses, aunque sean públicos.

De acuerdo con el artículo 53.1 CE, el legislador puede limitar la tutela cautelar siempre que no llegue a vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en que dicha tutela cautelar se asienta. Una limitación a la tutela cautelar que pretenda evitar que con la misma se produzcan daños igualmente irreparables a los intereses públicos o de terceros es, en mi opinión, plausible y no lesiona el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), al que también está sometido el legislador al limitar los derechos fundamentales<sup>36</sup>. Una regla como la contenida en los artículos 130.1 y 136.1 LJCA, que deja en manos del órgano judicial la apreciación de este requisito es, por tanto, constitucionalmente correcta y lo único que cabe exigir es que se cumpla el mandato legal de que la decisión judicial sea motivada, «circunstanciada»<sup>37</sup>. Una exigencia, por lo demás, que sería obligada aunque no la hubiera recordado expresamente el legislador.

En la práctica, entiendo que los órganos judiciales pueden manejar correctamente este requisito de forma que no impida un uso frecuente y útil de las medidas cautelares y a la vez evite daños a intereses públicos o de terceros que podrían suponer una responsabilidad excesiva para el Poder Judicial. Si bien el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho sobre la pretensión deducida no podría ser limitado a partir de una ponderación con otros intereses, en la tutela cautelar se trata de regular situaciones de riesgo en que ninguno de los contendientes ostenta un derecho indubitado: justamente por esa situación de duda o conflicto se ha ini-

35. Sobre la utilización general de este tópico jurisprudencial vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Hacia una nueva justicia administrativa*, cit., pgs. 54 y ss.

36. En el Derecho alemán, la exigencia de ponderación de intereses es un presupuesto indiscutido del otorgamiento de medidas cautelares. Por todos, vid. KOPP, F. O. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §123.26 (pg. 1836). El BVerfG la acoge expresamente cuando afirma que la tutela cautelar tiene rango constitucional. La formulación canónica recogida en las Sentencias de 25 de octubre de 1988 y 25 de enero de 1995 (citadas en la nota 2 de este Capítulo) dice que se debe otorgar tutela cautelar cuando haya «periculum in mora», «a no ser que, excepcionalmente, se opongan a ello razones más importantes de especial relevancia».

37. La STC 148/1993 (RTC 1993, 148) (F. 5) dice que, en el incidente de medidas cautelares, el órgano judicial «ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra (...) («periculum in mora») y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa («*fumus boni iuris*») y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (...) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada».

ciado un proceso. De ahí que, si es necesario tener en cuenta en qué situación se encontraría el demandante si tuviese que esperar largos años hasta obtener una sentencia estimatoria, hay que plantearse también qué ocurriría si se adoptase la medida cautelar solicitada u otra distinta y al final la sentencia es desestimatoria. En ambos casos pueden producirse daños de difícil o imposible reparación y ello hace necesaria la ponderación.

Este requisito no está completamente aislado de los demás, sino que depende en buena medida de ellos. Cuanto más claro sea el «*fumus boni iuris*», más improbable será que la medida cautelar resulte finalmente injustificada y por tanto que los eventuales perjuicios causados por ella sean en realidad daños contrarios a derecho<sup>38</sup>. De la misma forma, cuanto más grave, inminente e irreparable sea el «*periculum in mora*», más justificada estará la medida incluso cuando conlleve algún riesgo de que se produzcan daños en la otra dirección.

En el caso de las pretensiones de condena el principal problema se plantea cuando lo que el demandante solicita en vía principal es que se condene a la Administración a autorizar una determinada actividad, y la finalidad legal de esa autorización es evitar o limitar daños para la salud pública, la seguridad o el medio ambiente. Si la Administración ha denegado expresa o tácitamente la autorización, y el particular solicita al Tribunal que se le autorice cautelarmente a ejercer la actividad que se le ha prohibido llevar a cabo porque si esperase al final del proceso se arruinaría, ¿podrá un Tribunal asumir la responsabilidad de que se materialicen en accidentes esos riesgos cuya gestión ha sido encomendada por la Ley a la Administración? ¿podrá evaluar con sus propios medios (dictámenes periciales, etc.) la probabilidad de tales riesgos? Afortunadamente, la práctica ya ha desactivado estos temores, y los autos ya citados del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco muestran que la cuestión no admite soluciones extremas: en la mayoría de los casos la propia motivación del acto administrativo (aportada de oficio por la Administración o exigida por el Tribunal) permitirán determinar si el objeto del proceso, es decir, lo que aún está por determinar, es la existencia de esos riesgos o bien una cuestión jurídica distinta, en cuyo caso la actividad del particular podrá ser autorizada cautelarmente si se cumplen los demás requisitos y sin que con ello se cree un riesgo especialmente elevado para intereses públicos o de terceros.

En los demás casos, la ponderación de intereses será una comparación entre perjuicios económicos. Así, por ejemplo, se trata de determinar si la Administración debe pagar provisionalmente una pensión (con el riesgo de perder temporalmente

38. En este punto puede estar justificado el recordatorio de una obviedad: el Derecho administrativo no reconoce un principio general de superioridad del interés público sobre los intereses privados, sino que, en el marco más general del Derecho público, establece una serie de supuestos en los que el interés público se sobrepone a los intereses privados (se trata del ejercicio de las potestades administrativas) así como otros (en primer lugar, los derechos fundamentales) en que la relación es inversa. Por tanto, el hecho de que la medida cautelar sea menos conveniente para la Administración que el mantenimiento del «*status quo*», no la convierte en una perturbación para los intereses públicos que se deba evitar a toda costa. puesto que si después se dicta una sentencia estimatoria de la pretensión del demandante, ese perjuicio o esa compresión del interés público habrán sido únicamente la adaptación de la realidad a lo ordenado por el Derecho.

la disponibilidad de un dinero que en realidad no tenía que haber pagado) o si quien aspira a ella debe esperar a la sentencia para obtenerla (con el riesgo de que no tenga otros medios para sobrevivir hasta el momento en que se dicte la sentencia), y así en múltiples supuestos. En situaciones de este tipo me parece aplicable a la ponderación de intereses una regla que dé preferencia a quien más necesita esa prestación, al sujeto cuya supervivencia, física o económica, está amenazada, lo que en la mayoría de los casos abogará en favor del otorgamiento de la medida cautelar.

En las páginas anteriores he ido indicando que la medida cautelar positiva extrema es el otorgamiento provisional de lo que el demandante ha solicitado como «petitum» de la demanda, y que caben también medidas inferiores, con las que se evite la producción de situaciones que sean «de facto» irreversibles. La tesis de que las medidas cautelares pueden impedir que se modifique el «status quo» o restaurar el que existía antes de una intervención administrativa, pero no modificarlo, carece de base jurídica y puede frustrar el cumplimiento de la función constitucional de la tutela cautelar, por lo que me parece rechazable. De esta misma finalidad constitucional se deriva que, si bien las medidas cautelares positivas deberán consistir normalmente en órdenes dirigidas a la Administración (al igual que las sentencias), en situaciones de emergencia el órgano judicial puede intervenir más activamente y emitir declaraciones con eficacia constitutiva, que no necesiten de una actuación administrativa de cumplimiento.

Normalmente, el hecho de que las medidas cautelares sólo produzcan efectos hasta que se dicte sentencia convierte a estos efectos en reversibles si finalmente la sentencia es contraria al «fumus» acogido en la medida cautelar<sup>39</sup>. Por tanto, la medida no anticipa o priva de sentido a la resolución que se dicte sobre el fondo del asunto<sup>40</sup>. En algunos casos, sin embargo, la medida cautelar es irreversible: o bien

39. Esa reversión puede exigir actuaciones diferentes. En unos casos, la pretensión de condena aspira a obtener un título administrativo que permita mantener una situación jurídica que hasta entonces se disfrutaba en precario o cuyo plazo había transcurrido. Así, el extranjero que pide una tarjeta de residencia quiere evitar la expulsión y el individuo que pide una prórroga o una exención del servicio militar quiere evitar verse obligado a cumplirlo. La medida cautelar permite retrasar esa intervención administrativa que se trataba de evitar (expulsión, obligación de cumplir el servicio militar), por lo que opera en la práctica de forma muy parecida a la medida cautelar suspensiva. Si la sentencia desestima la pretensión del particular y confirma el acto impugnado, simplemente abre el camino para que la Administración intervenga. En otros casos, el alzamiento de la medida cautelar obliga al particular a devolver cantidades que ha venido percibiendo y que tras la Sentencia desestimatoria se revelan carentes de causa (pensiones, subvenciones, etc.). Por último, hay situaciones en las que la Administración puede compensar estas cantidades deduciéndolas de los pagos que ha de seguir haciendo a ese particular en el marco de la misma relación jurídica: por ejemplo, cuando una empresa acude a los Tribunales porque entiende que tiene derecho a percibir una subvención periódica de importe superior a la que la Administración le viene pagando.

40. En Derecho alemán, éste es otro límite a las medidas cautelares, conocido como «Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache» (lo explica PAREJO, L.: «La tutela judicial», cit., pg. 44). No es un principio que tenga que ver con la separación de poderes ni la discrecionalidad, sino que se da también en el proceso civil. Por otro lado, no impide que se conceda cautelarmente el disfrute de lo solicitado en vía principal, siempre que los efectos de la medida cautelar sean provisionales o reversibles, o cuando no quede otro remedio para asegurar la efectividad de la sentencia. Una explicación de este principio, y de la excepción que se expone a continuación en el texto, en HUFEN, F.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., §33.16-17 (pgs. 573-574); PUTZNER, R. y M. RONELLENFTSCH: *Das Assessorexamen*, cit., §58.10 (pgs. 615-616); WÜRTEMBERGER, T.: *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pgs.



porque se refiere a un momento concreto anterior a la sentencia (servicios mínimos en caso de huelga, autorización de una manifestación, etc.), o bien porque, aunque teóricamente se podría exigir su reembolso, la situación de necesidad o insolvencia del solicitante (que motiva precisamente la concesión de la medida) lo hace muy improbable. Incluso en estos casos se puede y se debe (por imposición constitucional) otorgar la medida cautelar si se dan los demás presupuestos, es decir, si en ausencia de ella una eventual sentencia estimatoria carecería de efectos prácticos («periculum in mora»). La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya ha avalado claramente esta tesis en un supuesto tan claro como el de los servicios mínimos en caso de huelga.

Las medidas cautelares pueden referirse a actuaciones administrativas discrecionales. La medida de suspensión no plantea ningún problema en este aspecto, pues aunque el acto suspendido sea discrecional, al suspenderlo el Juez no invade el margen de decisión encomendado en exclusiva a la Administración. El planteamiento es distinto en el caso de las medidas cautelares positivas, cuando lo que el demandante solicita es que se le conceda provisionalmente una prestación cuyo otorgamiento es discrecional, o bien que se obligue a la Administración a intervenir en ejercicio de una potestad discrecional para remediar una determinada situación o que se le permita llevar a cabo una actividad cuya autorización es en alguna medida discrecional. La teoría general de las medidas cautelares permite solucionar estas situaciones a partir de varias ideas que creo fácilmente defendibles. En primer lugar, el concepto doctrinal de discrecionalidad no puede impedir, por sí solo, el funcionamiento de las medidas cautelares en cuanto elemento imprescindible para la satisfacción de un derecho fundamental. En segundo lugar, y dada la relación funcional que existe entre las medidas cautelares y las de ejecución de sentencia, los poderes del Juez a la hora de dictar medidas cautelares no podrán ir más allá de los que tiene al dictar sentencia<sup>41</sup>. Por tanto, sólo podrá indicar a la Administración cómo debe ejercer su discrecionalidad cuando ésta se haya agotado y en los demás supuestos sólo podrá ordenarle que actúe, dejándole un margen para que escoja el contenido de esa actuación<sup>42</sup>. En casos de urgencia, sin embargo, sería en principio admisible que el órgano judicial excediese estos límites y adoptase él mismo la medida discrecional, pero sólo en cuanto lo exigiesen estos motivos de urgencia, por lo que tal medida estaría en vigor sólo hasta que la Administración decidiese por sí misma<sup>43</sup>.

243-244; KOPP, F. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §123.14b-14c (pgs. 1828-1829); FINKELNBURG, K. y K. P. JANK: *Vorläufiger Rechtsschutz*, cit., pgs. 95 y ss.; REDEKER, K. y H.-J. V. OERTZEN: *VwGO*, cit., §123.12 (pg. 747); ERICHSEN, H.-U.: «Die einstweilige Anordnung nach §123 VwGO», *Jura*, 6 (1984), pgs. 644-655, esp. pg. 653.

41. La homogeneidad de las medidas cautelares con las ejecutivas es un principio admitido generalmente, como ha estudiado CINCILLA, C.: *La tutela cautelar*, cit., pgs. 37-40.

42. Por otra parte, y dado el carácter sumario del juicio en que se basa la medida cautelar, las posibilidades de que el órgano judicial agote el margen de discrecionalidad de la Administración son en esta fase remotas.

43. Es la posición general en Derecho alemán. Vid. KOPP F. y W.-R. SCHENKE: *VwGO*, cit., §123.12 (pg. 1823) y §123.28 (pg. 1837); BOSCH, E. y J. SCHMIDT: *Praktische Einführung*, cit., pg. 324; FINKELNBURG, K. y K. P. JANK: *Vorläufiger Rechtsschutz*, cit., núm. 267 (pgs. 131-132); ROHMEYER, H.: *Geschichte und Rechtsnatur*, cit., pgs. 192-198. Por ejemplo, el Auto de 15 de marzo de 1978 del OVG de Koblenz [publicado en NJW, 31 (1978), pgs. 2355-2357] ordenó que se otorgase cautelarmente al solicitante nada menos que una autorización para ejercer la medicina, pese a reconocer que la discrecionalidad de que goza la Administración en esta materia aún no estaba agotada (pg. 2356).

## *Índice cronológico de disposiciones citadas*

### **1881**

---

3 febrero 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

### **1950**

---

Convenio Europeo, de 4 noviembre 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Ratificado por Instrumento de 26 septiembre 1979 (BOE núm. 243, de 10 octubre 1979 [RCL 1979, 2421]).

### **1951**

---

Tratado 18 abril 1951. Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (BOE núm. 1, de 1 enero 1986 [RCL 1986, 2; LCEur 1986, 7]).

### **1954**

---

Ley 16 diciembre 1954. Expropiación Forzosa (BOE núm. 351, de 17 diciembre [RCL 1954, 1848]).

### **1956**

---

Ley 27 diciembre 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 363, de 28 diciembre [RCL 1956, 1890]).

### **1957**

---

Tratado de 25 marzo 1957. Constitutivo de la Comunidad Europea. Versión consolidada tras la modificación del Tratado de Amsterdam, de 2 octubre 1997 (DOC

núm. 340, de 10 noviembre 1997 [RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695]).

Tratado 25 marzo 1957. Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (BOE núm. 1, de 1 enero 1986 [RCL 1986, 1 y LCEur 1986, 9]).

Ley de 20 julio 1957. Régimen Jurídico de la Administración del Estado. (BOE núm. 187, de 22 julio [RCL 1957, 1010]).

### **1963**

---

Reglamento 99/63/CEE de la Comisión, de 25 julio relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento núm. 17 del Consejo. Libre competencia. (DOCE núm. 127, de 20 agosto [LCEur 1963, 12]).

### **1964**

---

Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 febrero, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. (DOCE núm. 56, de 4 abril [LCEur 1964, 4]).

### **1967**

---

Ley 1/1967, de 10 enero. Ley Orgánica del Estado (BOE núm. 9, de 11 enero [RCL 1967, 50]).

## 1978

---

Ley 62/1978, de 26 diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (BOE núm. 3, de 3 enero 1979 [RCL 1979, 21]).

Constitución Española, de 27 diciembre 1978 (BOE núm. 311, de 29 diciembre [RCL 1978, 2836]).

## 1979

---

Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre. Del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 octubre [RCL 1979, 2383]).

## 1980

---

Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 junio. Texto Refundido de Ley de Procedimiento Laboral (BOE núm. 182, de 30 julio [RCL 1980, 1719]).

## 1985

---

Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio. Del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 julio; rect. BOE núm. 264, de 4 noviembre [RCL 1985, 1578 y 2635]).

Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio. Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (BOE núm. 158, de 3 julio [RCL 1985, 1591]).

## 1986

---

Real Decreto 1119/1986, de 26 mayo. Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros (BOE núm. 140, de 12 junio; rect. BOE núm. 175, de 23 julio [RCL 1986, 1899 y 2401]).

## 1989

---

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre. Texto Refundido de la Ley

de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, de 27 diciembre; rect. BOE núm. 28, de 1 febrero 1990 [RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206]).

## 1992

---

Tratado 7 febrero 1992, de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), ratificado por España por Instrumento de 29 diciembre (BOE núm. 11, de 13 enero 1994; rect. BOE núm. 12, de 14 enero, BOE núm. 138, de 10 junio 1994 y BOE núm. 93, de 18 abril 1997 [RCL 1994, 81, 1659 y RCL 1997, 917]).

Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (BOE núm. 156, de 30 junio; rect. BOE núm. 38, de 13 febrero 1993 [RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485]).

Reglamento (CEE) 3269/92 de la Comisión, de 10 noviembre, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación de los artículos 161, 182 y 183 del Reglamento (CEE) 2913/92 del Consejo por el que se aprueba el código aduanero. (DOL núm. 326, de 12 noviembre [LCEur 1992, 3490]).

Ley 30/1992, de 26 noviembre. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 noviembre; rect. BOE núm. 311, de 28 diciembre y BOE núm. 23, de 27 enero 1993 [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246]).

## 1993

---

Ley 3/1993, de 22 marzo. Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (BOE núm. 70, de 23 marzo [RCL 1993, 965]).

---

**1994**

Real Decreto 1994/1996, de 6 septiembre. Reglamento de Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones (BOE núm. 232, de 25 septiembre [RCL 1996, 2471]).

---

**1998**

Ley 11/1998, de 24 abril. General de Telecomunicaciones (BOE núm. 99, de 25 abril; rect. BOE núm. 162, de 8 julio [RCL 1998, 1056 y 1694]).

Ley 29/1998, de 13 julio. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 17 julio [RCL 1998, 1741]).

Ley 34/1998, de 7 octubre. Ley del Sector de los Hidrocarburos (BOE núm. 29, de 3 febrero [RCL 1998, 2472]).

---

**1999**

Ley 4/1999, de 13 enero. Modifica la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 12, de 14 enero; rect. BB OO del Estado núms. 16 y 30, de 19 enero y 4 febrero [RCL 1999, 114 y 329]).

---

**2000**

Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.

## Bibliografía

- ACOSTA ESTÉVEZ, José B.: *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, PPU. Barcelona, 1987.
- AGUADO I CUDOLÁ, Viçenc: «La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas. Madrid, 1993, vol. II (coordinado por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO), pgs. 1675-1734.
- ALLKEMPER, Ludwig: *Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag. Möglichkeiten seiner Verbesserung*, Nomos. Baden-Baden, 1995.
- ALONSO GARCÍA, Enrique: «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los Tribunales», en *Estudios sobre la Constitución Española en Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (coordinado por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Civitas. Madrid, 1991, vol. III, pgs. 973-1026.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas/Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1989.
- «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (coordinado por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Civitas. Madrid, 1991, vol. III, pgs. 799-836.
- *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA. Madrid, 1994.
- *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Fundación Universidad-Empresa. Madrid, 1997.
- ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario: *Las causas de inadmisibilidad en el contencioso-administrativo*, Civitas. Madrid, 1996.
- ARozAMENA SIERRA, Jerónimo: «Incidencia de la Constitución en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *REVL*, 222 (1984), pgs. 7-18.
- BAGHOF, Otto: «Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, IV (1949), cols. 377-395.
- *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Zugleich eine Unter-*

*suchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes*, Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1968 (2ª ed.). La primera edición, reproducida íntegramente en la 2ª, es de 1951.

- «Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht», en BACHOF, Otto, MARTÍN DRATH, Otto GÖNNENWEIN y ERNST WALZ (Hrsg.): *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (1885-1955)*, Günter Olzog Verlag. München, 1955, pgs. 287-307.
- *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts* (2 vols.). Mohr-Siebeck. Tübingen, 1966 (vol. I, 3ª ed.) y 1967 (vol. II).
- «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL*, 30 (1972), pgs. 193-244.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano: «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», *RAP*, 128 (1992), pgs. 413-452.

- «¿Es posible ejercitar pretensiones de condena en los recursos contencioso-administrativos contra actos negativos expresos?», *La Ley*, 1995-4, pgs. 1105-1108.
- *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons. Madrid, 1997.

BADER, Johann: «Die Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren», *NVwZ*, 18 (1999), pgs. 120-125.

BALLBÉ, Manuel: «Jurisprudencia administrativa», *RGLJ*, año LXXXVII (1942), t. 171, pgs. 422-439.

- «Jurisprudencia administrativa», *RGLJ*, año LXXXVII (1942), tomo 172, pgs. 652-675.

BARCELONA LLOP, Javier: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria. Santander, 1995.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: «La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)», en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.): *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas/Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía. Madrid, 1993, pgs. 135-206.

- «Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa», en HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo y Nicolás GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (coord.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía/Editorial Civitas. Madrid, 1996, pgs. 225-244.

BAUER, Hartmut: *Geschichtliche Grundlagen vom subjektiven öffentlichen Recht*, Duncker und Humblot. Berlin, 1986.

- BELADIEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons. Madrid, 1994.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: «Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (coordinado por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Civitas. Madrid, 1991, vol. IV, pgs. 3085-3111.
- *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas. Madrid, 1995.
- *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos. Madrid, 1995.
- BENDER, Bernd: «Die einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO)», en *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz MENER), pgs. 657-678.
- BERMEJO VERA, J.: «La tutela judicial del administrado», *REDA*, 35 (1982), pgs. 567-580.
- BERNHARDT, Rudolf: «Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte», *JZ*, 18 (1963), pgs. 302-308.
- BERRANG, Thomas Jean: *Vorbeugender Rechtsschutz im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Nomos. Baden-Baden, 1994.
- BETTERMANN, Karl August: «Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage», *DVBl*, 74 (1953), pgs. 163-168 y 202-203.
- «Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit», en BETTERMANN, Karl August, Hans Carl NIPPERDEY y Ulrich SCHIEUNER: *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. III/2 («Rechtspflege und Grundrechtsschutz»), Duncker und Humblot. Berlin, 1959, pgs. 779-908.
- «Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung», *NJW*, 13 (1960), pgs. 649-657.
- «Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß», trabajo publicado en 1963 y recogido ahora en *Staatsrecht-Verfahrensrecht-Zivilrecht. Schriften aus vier Jahrzehnten*, editado por MARTEN, Detlef, Hans-Jürgen PAPIER, Karsten SCHMIDT y Heymann ALBRECHT ZEUNER, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, pgs. 671-697.
- «Teilanfechtung, Teilkassation und Reformation von Abgabenbescheiden-Beiträge zu §113 Abs. 2 VwGO, §100 Abs. 2 FGO», en VOGEL, K. y K. TIPKE (Hrsg.): *Verfassung-Verwaltung-Finanzen. Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag*. Köln, 1972, pgs. 233-255.
- «Über die Legitimation zur Anfechtung von Verwaltungsakten», trabajo publicado en 1972 y recogido ahora en *Staatsrecht-Verfahrensrecht-Zivilrecht. Schriften aus vier Jahrzehnten*, editado por MARTEN, Detlef, Hans-Jürgen PAPIER, Karsten SCHMIDT y Albrecht ZEUNER, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, pgs. 718-736.

— «Anmerkung» a la Sentencia del BVerwG de 30 de abril de 1971, *DVBZ*, 88 (1973), pgs. 375-377.

BLECKMANN, Albert: *Europarecht. Das Recht der Europäischen Gemeinschaft*. Heymann, 1997 (6ª ed.).

— *Ermessensfehlerlehre*, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1997.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL. Madrid, 1977.

— *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL. Madrid, 1982.

— «Comentario a los artículos 8 y 9», *REDA*, 100 (1998), pgs. 144-160.

BOCK, Hans-Christian: *Das Rechtsschutzbedürfnis im Verwaltungsprozeß*, Diss. Göttingen, 1971.

BOGDANDY, A. Von: «Comentario al art. 5 del TCE», en GRABITZ, Eberhard y Meinhard HILF (Hrsg.): *Kommentar zur Europäischen Union*, Beck, 2 vols., actualizado mayo 1998.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ y Germán FERNÁNDEZ FARRERES: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas. Madrid, 1995.

BOSCH, Edgar y Jörg SCHMIDT: *Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren*, Kohlhammer. Stuttgart-Berlin-Köln, 1996 (6ª ed.).

BRÄUTIGAM, Horst: «Verwaltungsrechtsweg und Klagearten. Ein Beitrag zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung», *DÖV*, 13 (1960), pgs. 364-368.

BRENNER, Michael: «Allgemeine Prinzipien des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Europa», *Die Verwaltung*, 31 (1998), pgs. 1-28.

BREUER, Rüdiger: «"Mitlaufende Verwaltungskontrolle"-prozessuale Entwicklungen und Irrwege», *NfW*, 33 (1980), pgs. 1832-1834.

BROHM, Winfried: «Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *NfW*, 37 (1984), pgs. 8-14.

BRÜCK, F.: «Verwaltungsrecht und Prozeßrecht. Probleme der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage der VwGO», *NfW*, 13 (1960), pgs. 2271-2276.

BRÜHL, Raimund: «Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren», *JuS*, 35 (1995), pgs. 916-921.

BRUNN, Bernd: *Die sogenannte Bescheidungsklage in der Verwaltungsgerichtsordnung*, Diss. Mainz, 1977.

BÜHLER, Ottmar: *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Kohlhammer. Berlin-Stuttgart-Leipzig, 1914.

— «Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte», en BACHOF, Otto, Martin DRATH, Otto GÖNNENWEIN y Ernst WALZ (Hrsg.):



*Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (1885-1955)*, Günter Olzog Verlag. München, 1955, pgs. 269-286.

BURGI, Martin: *Verwaltungsprozeß und Europarecht*, Verlag Franz Vahlen. München, 1996.

CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup> Pía: «Medidas cautelares indeterminadas: su regulación en Derecho alemán», *Revista General del Derecho*, 517 (1992), pgs. 2505-2537.

CARRILLO SALCEDO, J. Antonio: *La recepción del recurso contencioso-administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla. Sevilla, 1958.

CASINO RUBIO, Miguel: «El control jurisdiccional de la Administración pública: el poder de sustitución del juez», *Derechos y Libertades*, 3 (1994), pgs. 467-477.

CHAPUS, René: *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien. Paris, 1998 (7<sup>a</sup> ed.).

CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas. Madrid, 1991.

— «De nuevo sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.): *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas/Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía. Madrid, 1993, pgs. 447-467.

— «El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales», *RAP*, 131 (1993), pgs. 167-189.

CLASSEN, Claus Dieter: *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozeßrecht*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1996.

— «Der Einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts? Zum Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte kraft Gemeinschaftsrechts», *VerwArch*, 88 (1997), pgs. 645-678.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel: «El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la administración no entró en el fondo del asunto», artículo publicado originalmente en *RAP*, 42 (1963), y ahora en *Estudios de Derecho administrativo*, Civitas/Instituto García Oviedo. Sevilla, 1992, pgs. 205-214.

COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *El incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas. Madrid, 1995.

COCA VITA, Eduardo: «Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración (Sentencia de la Sala quinta del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1978, Ponente: Martín de Hijas y Muñoz)», *REDA*, 17 (1978), pgs. 290-300.

COLMEIRO, Manuel: *Derecho Administrativo Español* (2 vols.), Librerías de Don Ángel Ca-

Ileja. Madrid-Santiago, 1850 (1ª ed.); se cita por la reimpresión de la Xunta de Galicia. Santiago de Compostela, 1995.

CORDÓN MORENO, Faustino: *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, EUNSA. Pamplona, 1979.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «Algunas notas sobre el proceso contencioso-administrativo», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1974, pgs. 271-325.

CÖSTER, Enno H.: *Kassation, Teilkassation und Reformation von Verwaltungsakten durch die Verwaltungs- und Finanzgerichte*, Duncker und Humblot. Berlin, 1979.

CREUTZFELDT, Malte: «Anhörung von Asylbewerbern vor Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten», *NVwZ*, 1 (1982), pgs. 88-90.

CZASCHKE, Hedda: *Die Untätigkeitsklage vor dem Europäischen Gerichtshof*, Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht, Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen. Göttingen, 1969.

CZERMAK, Fritz: «Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung», *NJW*, 15 (1962), pgs. 776-778.

— «Gibt es eine verwaltungsgerichtliche Bescheidungsklage?», *BayVBl*, 27 (1981), pgs. 427-429.

— «Grenzen der Rechtsprechung im Verwaltungsrecht?», *BayVBl*, 115 (1984), pgs. 233-234.

DAIG: *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften-unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und der Schlußanträge der Generalanwälte*, Nomos. Baden-Baden, 1985.

DANWITZ, Thomas Von: «Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft», *NJW*, 46 (1993), pgs. 1108-1115.

— *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1996.

— «Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlich Gemeinschaftsrechte», *DÖV*, 49 (1996), pgs. 481-490.

DAUSES, Manfred A.: «Empfiehl es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die Aufgaben der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte, weiterzuentwickeln?», *Gutachten D für den 60. Juristentag (Münster)*, Beck. München, 1994.

DEGENHART, Christoph: «Zum Aufhebungsanspruch des Drittbetroffenen beim verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt», *DVBl*, 96 (1981), pgs. 201-208.

DELGADO BARRIO, Francisco Javier: «En torno al recurso contencioso-administrativo: una regulación excelente y un resultado decepcionante», *Actualidad Administrativa*, 1988, pgs. 1613-1623.

- «Reflexiones sobre el art. 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (coordinado por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), vol. III, Civitas. Madrid, 1991, pgs. 2312-2355.
- «El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas. Madrid, 1993, vol. II (coordinado por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO), pgs. 1187-1224.
- *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas. Madrid, 1993.
- DEMME, Annette: *Das Verfahren nach § 113 Abs. 3 VwGO*, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1997.
- DESDENTADO DAROCA, Eva: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas. Madrid, 1997.
- *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Aranzadi. Pamplona, 1997.
- DI FABIO, Udo: «Die Ermessensreduzierung. Fallgruppen, Systemüberlegungen und Prüfprogramm», *VerwArch*, 86 (1995), pgs. 214-234.
- *Das Recht offener Staaten*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1998.
- DIETLEIN, Johannes: «Der Anspruch auf polizeio-der ordnungsbehördliches Einschreiten- Zu den dogmatischen Grundlagen des drittschützenden Charakters der polizei- und ordnungsbehördlichen Generalklauseln», *DVBj*, 106 (1991), pgs. 685-691.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: «El art. 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital», en ARAGÓN REYES, Manuel y Julián MARTÍNEZ SIMANCAS SÁNCHEZ (Dirs.): *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi. Pamplona, 1998, vol. I, pgs. 341-360.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *PJ*, 5 (1987), pgs. 41-49.
- DÖRR, Oliver: «Europäischer Verwaltungsrechtsschutz», introducción a SODAN, Helge y Jan ZIEKOW: *VwGO, Nomos*. Baden-Baden.
- DREIER, Horst (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, vol. I (arts. 1-19), Mohr-Siebeck. Heidelberg, 1996.
- DREWS, Bill, Gerhard WACKE, Klaus VOGEL y Wolfgang MARTENS: *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, Carl Heymanns Verlag. Köln-Berlin-Bonn-München, 9ª ed. (1986).

- EHLERS, Dirk: «Die Klagebefugnis nach deutschem, europäischem Gemeinschafts- und US-amerikanischen Recht», *VerwArch*, 84 (1993), pgs. 139-177.
- ENGELHARDT, Hans: «Anfechtungsklage-Vornahmeklage», *NJW*, 9 (1956), pgs. 1377-1379.  
— «Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß», *JZ*, 16 (1961), pgs. 588-593.
- ERICHSEN, Hans-Uwe: «Die einstweilige Anordnung nach §123 VwGO», *Jura*, 6 (1984), pgs. 644-655.  
— (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1998 (11ª ed.).
- ESCOBAR HERNÁNDEZ: *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Civitas. Madrid, 1993.
- ESCUSOL BARRA, Eladio y Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, Tecnos. Madrid, 1995.
- ESTEBAN DRAKE, Antonio: *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Civitas. Madrid, 1981.
- EYERMANN, Erich (Hrsg.): *VwGO*, Beck. München, 1998 (10ª ed.).
- FABER, Heiko: *Verwaltungsrecht*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1995 (4ª ed.).
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «La acción, derecho procesal y derecho político», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, pgs. 61-122.  
— «De nuevo sobre el concepto de acción y pretensión», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, pgs. 7-38.
- FEHN, Bernd J.: «Die isolierte Auflagenanfechtung. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Planfeststellung», *DÖV*, 41 (1988), pgs. 202-211.
- FERNÁNDEZ LOZANO, Rafael: «La configuración del acto administrativo como objeto del recurso contencioso-administrativo», *REV. L.*, 222 (1984), pgs. 73-90.
- FERNÁNDEZ MARTÍN, José Mª: «El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XXI-3 (1994), pgs. 845-894.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, José Mª: «La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos», *RAP*, 120 (1989), pgs. 277-300.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1970.  
— «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *RAP*, 73 (1974), pgs. 151-177.

- 
- «Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, 11 (1976), pgs. 728-733.
  - «La plenitud de la garantía jurisdiccional contencioso-administrativa en el contexto constitucional», en *Libro-Homenaje a Manuel García-Pelayo*, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1980, vol. I, pgs. 343-364.
  - «Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos», *REP*, 15 (1982), pgs. 21-34.
  - *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas. Madrid, 1991.
  - «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», *REDA*, 80 (1993), pgs. 577-612.
  - «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», *REDA*, 83 (1994), pgs. 381-401.
  - «Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (La Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)», *REDA*, 91 (1996), pgs. 385-402.
  - *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas. Madrid, 1997 (2ª ed.).
  - FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas. Madrid, 1998.
  - *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, CGPJ-Consejo de Estado-Civitas. Madrid, 1998.
  - FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos. Madrid, 1990.
  - FINKELNBURG, Klaus y Klaus Peter JANK: *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, NJW Schriftenreihe, Heft 12, Beck. München, 1998 (4ª ed.).
  - FORSTHOFF, Ernst: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil* (único), Beck. München, 1973 (10ª ed.). Hay una traducción española de la 5ª ed. alemana (1955), publicada por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958, a cargo de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez-Ortega y Junge.
  - FRENZ, Walter: «Subjektiv-öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht vor deutschen Verwaltungsgerichten», *DVBl*, 110 (1995), pgs. 408-415.
  - FRIESENHAHN, Ernst: «Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz», *Deutsche Verwaltung*, 1-2 (1948-1949), pgs. 478-485.
  - FROMONT, Michel: *Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften*, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1967.
  - GABALDÓN LÓPEZ, José: «La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración», en *Administración local y Administración de Justicia*, IEAL. Madrid, 1977, pgs. 263-315.

GARCÍA PÉREZ, Marta: «El objeto del proceso contencioso-administrativo», en GARCÍA PÉREZ, Marta (coord.): *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Universidade da Coruña/Servicio de Publicacións. La Coruña, 1998, pgs. 47-80.

— *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi. Pamplona, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Sobre los derechos públicos subjetivos», *REDA*, 6 (1975), pgs. 427-446.

— «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Estudio analítico de los recursos», en GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO (dirs.): *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas. Madrid, 1986, vol. I, pgs. 655-729.

— *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas. Madrid, 1992 (2ª ed.).

— «La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho comunitario. Sentencia “Borelli” de 3 de diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el artículo 5 CEE», *REDA*, 78 (1993), pgs. 297-314.

— *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas. Madrid, 1995 (2ª ed.).

— «Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia “Atlanta” del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)», *REDA*, 88 (1995), pgs. 565-579.

— «El Proyecto de Constitución Europea», *REDC*, 45 (1995), pgs. 9-29.

— «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, 89 (1996), pgs. 69-89, y ahora también en *Democracia, jueces y control de la Administración*.

— «El fin del caso *Factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», *RAP*, 145 (1997), pgs. 117-144.

— *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas. Madrid, 1998 (4ª ed.).

— «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», *REDA*, 103 (1999), pgs. 401-411.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo* (2 vols.), Civitas. Madrid, 1997 (vol. I, 8ª ed.) y 1998 (vol. II, 5ª ed.).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (coord.), Enrique LINDE, Luis ORTEGA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas. Madrid, 1983 (2ª ed.).

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio: «Acotamiento de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente», *RAP*, 38 (1962), pgs. 9-33.

- GARRIDO FALLA, Fernando: «El recurso subjetivo de anulación», *RAP*, 8 (1952), pgs. 177-189.
- «Preceptos derogados, modificados e inaplicables de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas. Madrid, 1993, vol. II (coordinado por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO), pgs. 1077-1092.
- «La vía de hecho y la inactividad de la Administración», *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 26 (1996), pgs. 15-24.
- «El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones», en GONZÁLEZ PÉREZ, J. (dir.): *Tribuna sobre la reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1997, pgs. 99-112.
- GELLERMANN, Martin: *Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG*, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1994.
- GENZMER, Felix: «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit», en ANSCHÜTZ, Gerhard y Richard THOMA (Hrsg.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Das öffentliche Recht der Gegenwart, Band 28)*, 2 vols., Mohr (Siebeck). Tübingen, 1930 (vol. I), 1932 (vol. II), vol. II, pgs. 506-523.
- GERHARDT, Michael y Peter JACOB: «Neue Probleme des Asylverfahrens-Zum Zweiten Beschleunigungsgesetz vom 16.8.1980», *DÖV*, 33 (1980), pgs. 745-752.
- GERN, Alfons: «Die Ermessensreduzierung auf Null», *DVBt* (1987), pgs. 1194-1199.
- GIANNINI, Massimo Severo: *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè. Milano, 1939.
- GIJENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos. Madrid, 1988.
- GIJENO SENDRA, Vicente, VÍCTOR MORENO CATENA, JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT y Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi. Pamplona, 1997.
- GÓMEZ-FERRER MORANI, Rafael: «Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», *REDA*, 33 (1982), pgs. 183-208.
- GONZÁLEZ, Alfonso: *La materia contencioso-administrativa*, Librería de Leopoldo Martínez. Madrid, 1903.
- GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup> Isabel: *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo (especial consideración de los intereses legítimos colectivos)*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: «La pretensión procesal administrativa», *RAP*, 12 (1953), pgs. 77-128.

- *Derecho procesal administrativo* (2 vols.), Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1964 (2ª ed.).
  - «El proceso administrativo y la Constitución», *REDA*, 14 (1977), pgs. 365-386.
  - *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas. Madrid, 1989 (2ª ed.).
  - *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas. Madrid, 1996.
  - «El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997», *REDA*, 97 (1998), pgs. 17-35.
  - *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2 vols., Civitas. Madrid, 1998 (3ª ed.).
- GONZÁLEZ SALINAS, Jesús: «Comentario al artículo 31», *REDA*, 100 (1998), pgs. 325-332.
- GONZÁLEZ SALINAS, Pedro: «Hacia el fin de la preclusión del plazo impugnatorio. (Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1986. Ponente: F. González Navarro)», *REDA*, 50 (1986), pgs. 281-286.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás: «La “integración” de las cláusulas de atribución de potestades administrativas discrecionales», en HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo y Nicolás GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (coords.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía/Editorial Civitas, 1996, pgs. 211-223.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago: «La regulación expresa de otra medida cautelar paralela al efecto suspensivo del acto administrativo en el proceso administrativo», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, III (1991), pgs. 353-370.
- *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas/Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
  - «La técnica de la necesidad de protección jurídico-subjetiva en el proceso administrativo español», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1670 (1993), pgs. 2238-2252.
  - *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ (Colección «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial», núm. 29). Madrid, sin fecha (¿1994?).
  - «El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español», *RAP*, 135 (1994), pgs. 303-339.
- GRABENWARTER, Christoph: *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: eine Studie zu Artikel 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs*, Springer. Wien, 1997.



- GRAWERT, Rolf: «Verwaltungsgerichtsschutz in der Weimarer Republik», *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz MENER), pgs. 35-55.
- GROSCHUPF, Otto: «Wie entscheidet das Verwaltungsgericht wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?», *DVBZ*, 77 (1962), pgs. 627-634.
- «Anmerkung zu VG Bremen, Urteil vom 16-11-1962» [*DVBZ*, 78 (1963), pgs. 260-262], *DVBZ*, 78 (1963), pgs. 262-263.
- GUASP DELGADO, Jaime: «El “derecho de carácter administrativo” como fundamento del recurso contencioso», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (época antigua), 2 (1940), pgs. 11-22.
- *Derecho procesal civil* (2 vols.), Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968 (3ª ed.).
- *La pretensión procesal*, Civitas. Madrid, 1985 (2ª ed.); se publicó originalmente como artículo en *ADC*, V (1952).
- HAIN, Karl-Eberhard, Volker SCHLETTE y Thomas SHMITZ: «Ermessen und Ermessensreduktion—ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht», *AöR*, 122 (1997), pgs. 32-64.
- HÄNNI, Peter: *Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz. Freiburg Schweiz, 1988.
- HARRIS, D. J.: «The application of article 6 (1) of the European Convention on Human Rights to Administrative Law», *British Yearbook of International Law*, XLVII (1974-1975), pgs. 157-200.
- HARTLEY: *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press. Oxford, 1994.
- HAUEISEN, Fritz: «Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens», *DVBZ*, 67 (1952), pgs. 521-524.
- «Die Verpflichtungsklage und ihre Bedeutung für Streitigkeiten aus dem Bereich der Leistungsverwaltung», *NJW*, 10 (1957), pgs. 1657-1661.
- «Das Verhältnis von Norm und Verwaltungsakt und seine Bedeutung für Klage und Urteil», *DVBZ*, 74 (1959), pgs. 793-795.
- HEGEL, Hermann: «Kann mit der Verpflichtungsklage auch die Verurteilung zur Vornahme einer sogen. Amtshandlung begehrt werden?», *JZ*, 18 (1963), pgs. 15-17.
- «Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO», *DÖV*, 18 (1965), pgs. 413-416.
- HENKE, Wilhelm: *Das subjektive öffentliche Recht*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1968.
- «Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht», *VVDStRL*, 28 (1970), pgs. 149-185.

— «Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht», artículo de 1974 recogido ahora en *Ausgewählte Aufsätze*. Mohr-Siebeck. Tübingen, 1994, pgs. 23-40.

— «Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts», *DÖV*, 3 (1980), pgs. 621-633 (también recogido ahora en *Ausgewählte Aufsätze*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1994, pgs. 41-66).

HERRAIZ SERRANO, Olga: «El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro *batallar* por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del *référé-provision* (Comentario al Auto de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de febrero de 1998)», *RAP*, 147 (1998), pgs. 141-157.

HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts*, C. F. Müller. Heidelberg, 1995 (20ª ed.).

HOFFMANN, Horst: «Vorbeugende Klagen im Verwaltungsprozeß? (Stellungnahme zum Aufsatz Ruckdäschel in *DÖV* 1961, 675)», *BayVBl*, 8 (1962), pgs. 72-76.

HOLLAND, Ralf: «Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß», *DÖV*, 18 (1965), pgs. 410-412.

HUERGO LORA, Alejandro: «La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», *RAP*, 137 (1995), pgs. 189-238, esp. pgs. 222 y ss.

— «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 145 (1997), pgs. 89-115.

— *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas-Universidad de Oviedo. Madrid, 1998.

HUFEN, Friedhelm: *Verwaltungsprozeßrecht*, Beck. München, 1998 (3ª ed.).

IDEL, Werner: «Zum Begriff der Spruchreife bei der Klage auf Vornahme eines Verwaltungsakts», *NfW*, 8 (1955), pgs. 1744-1747.

JANNASCH, Alexander: «Vorläufiger Rechtsschutz und Europarecht», *VBilBW*, 18 (1997), pgs. 361-365.

— «Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den vorläufigen Rechtsschutz», *NVwZ*, 18 (1999), pgs. 495-502.

JELLINEK, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen, 1905 (2ª ed.); reimpresión, Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Stuttgart, 1963.

JELLINEK, Walter: *Verwaltungsrecht*, Springer. Berlin, 1931 (3ª ed.).

— «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone», *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 3 (1948), pgs. 269-273.

— «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone», *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 3 (1948), pgs. 470-472.

— «Das Reflexrecht im öffentlichen Recht», *Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift*, 4 (1952), pgs. 81-83.

- JESERICI, Kurt G. A., Hans POHL y Georg-Christoph VON UNRUH (Hrsg.): *Deutsche Verwaltungsgeschichte* (5 vols.), Deutsche-Verlag Anstalt. Stuttgart, vol. V, 1987.
- KELLNER, Hugo: «Besinnung auf die Anfechtungsklage. Ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen Ablehnungsbescheide», *MDR*, 22 (1968), pgs. 965-970.
- KLEY-STRULLER, Andreas: *Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt. Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art. 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege. Analysen und Perspektiven*, Schultess Polygraphischer Verlag. Zürich, 1993.
- KLINGER, Hans: «Der Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer beantragten Amtshandlung», *NJW*, 10 (1957), pgs. 654-657.
- KNACK, Hans Joachim: *VwVfG*, Carl Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1998 (6ª ed.).
- KOCH, Johannes: *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen des Bürgers gegenüber der Verwaltung*, Duncker und Humblot. Berlin, 1998.
- KOENIG, Christian y Claude SANDER: *Einführung in das EG-Prozeßrecht*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1997.
- KÖNIG, Hans-Günther: «Ablehnung und Versagung im Verwaltungsrecht», *BayVBl*, 39 (1993), pgs. 268-269.
- KOKOTT, Juliane: «Europäisierung des Verwaltungsrechts», *DV*, 31 (1998), pgs. 335-370.
- KOPP, Ferdinand O.: «Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß», *VerwArch*, 61 (1970), pgs. 219-259.
- *Verfassungsrecht und Verfahrensrecht*, Beck. München, 1971.
- «Grenzen der Gesetzgebung und der Rechtskontrolle im Bereich der öffentlichen Verwaltung», *BayVBl* (1983), pgs. 673-679.
- «Änderungen der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1-1-1991», *NJW*, 44 (1991), pgs. 521-528.
- KOPP, Ferdinand O. y Wolf-Rüdiger SCHENKE: *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) Kommentar*, Beck. München, 1998 (11ª ed.).
- KREBS, Walter: «Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle», *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz Menger), pgs. 191-210.
- KUHLA, Wolfgang y Jost HÜTTENBRINK: *Der Verwaltungsprozeß*, Beck. München, 1998 (2ª ed.).
- LAUBINGER, Hans-Werner: «Die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen», *VerwArch*, 73 (1982), pgs. 345-368.
- «Die isolierte Anfechtungsklage», *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz Menger), pgs. 443-459.

- LEHR, Stefan: *Einstweiliger Rechtsschutz und Europäische Union*, Springer, Berlin, etc., 1997.
- LINDE PANIAGUA, Enrique: «¿Crisis del principio revisor del proceso contencioso-administrativo? Dos supuestos de admisión del recurso prematuro por subsanación posterior», *REDA*, 22 (1979), pgs. 431-436.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Pilar MELLADO PRADO, Pedro Pablo MIRALLES SANGRO y Mariano, BACIGALUPO: *Derecho de la Unión Europea I (Antecedentes, Instituciones, Fuentes y Jurisdicción)*, Marcial Pons. Madrid, 1995.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos. Madrid, 1986.
- LOPPUCH: «Die verwaltungsgerichtliche Klage wegen Nichtvornahme von Verwaltungsakten», *NJW*, 6 (1953), pgs. 9-12.
- LORENZ, Dieter: *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, Beck. München, 1973.
- «Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des art. 19 Abs. 4 GG für das Verwaltungsprozeßrecht», *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz MENERG), pgs. 143-159.
- MAETZEL, Wolf Bogumil: «Die verwaltungsgerichtliche Anfechtung von Ablehnungsbescheiden», *DÖV*, 8 (1955), pgs. 397-400.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda: «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», en TORNOS MAS, Joaquín (coord.): *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Bosch. Barcelona, 1994, pgs. 301-336.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos. Madrid, 1986.
- MARTENS, Joachim: «Zur Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes», *DVBl* (1968), pgs. 322-330.
- «Die Klagearten im Verwaltungsprozeß», *DÖV* (1970), pgs. 476-482.
- «Effektiver Rechtsschutz durch isolierte Anfechtung», *DÖV*, 41 (1988), pgs. 949-957.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1975.
- «La justicia administrativa ante el Texto Constitucional (apostillas a un libro reciente)», *REDA*, 19 (1978), pgs. 519-539.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «Evolución reciente del contencioso-administrativo», *RAP*, 98 (1981), pgs. 7-40, ahora en *Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho público)*, IEAL. Madrid, 1983, pgs. 17-69.

- «Diez años de evolución en el panorama de la justicia administrativa española», *PJ*, 11 (1988), pgs. 9-29.
- MARX, Gregor: *Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß*, Peter Lang, Frankfurt am Main, etc., 1996. (Diss. Freiburg, 1995).
- MAUNZ, Theodor, Günther DÜRIG y Roman HERZOG et al. (Hrsg.): *Grundgesetzkommentar*, Beck. München, Comentario con actualizaciones periódicas.
- MAURER, Hartmut: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck. München, 1997 (11ª ed.).
- MAYER, Otto: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895 (1ª ed.). Se cita por la traducción española, a cargo de HEREDIA, Horacio y Ernesto KROTOSCHIN: *Derecho administrativo alemán*, Depalma. Buenos Aires, 1949 (4 vols.), que lo es de la traducción francesa (realizada por el propio autor), publicada por Giard et Brière. Paris, 1903.
- MENGER, Christian-Friedrich: *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Eine verwaltungsrechtliche und prozeßrechtliche Studie*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1954.
- «Hochstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsakt», *VerwArch*, 54 (1963), pgs. 198-209.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, Werner HOPPE y Albert VON MUTIUS (Hrsg.): *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, Carl Heymanns Verlag. Köln-Berlin-Bonn-München, 1985.
- MEYER, Klaus: «Herstellung der Spruchreife –Grundsatz und Grenzen– dargestellt am Baurecht», *DVBZ*, 76 (1961), pgs. 75-78.
- MICHAVILA NÚÑEZ, José María: «Caducidad de la acción y prescripción del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, 111 (1986), pgs. 231-236.
- MONTORO CHINER, María Jesús: «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las Leyes. Control jurisdiccional “versus” fracaso legislativo (Análisis en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de inactividad administrativa y legislativa por la “muerte de los bosques” en la RFA)», *RAP*, 110 (1986), pgs. 263-365.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel: *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons/Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III. Madrid-Barcelona, 1998.
- MÜLLER, Hanswerner: «Unter welchen Voraussetzungen ist das Verwaltungsgericht befugt, einen feststellenden Verwaltungsakt zu ändern?», *NJW*, 16 (1963), pgs. 23-24.
- MÜLLER-FRANKEN, Sebastián: «Gemeinschaftsrechtliche Fristenhemmung, richtlinienkonforme Auslegung und Bestandskraft von Verwaltungsakten», *DVBZ*, 113 (1998), pgs. 758-765.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carác-

ter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, 26 (1980), pgs. 496-512.

— *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas. Madrid, 1986.

— *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial. Madrid, 1993.

NIESE, Werner: «Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß», *JZ*, 7 (1952), pgs. 353-358.

NIETO GARCÍA, Alejandro: «Nueva ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal Alemana», *RAP*, 31 (1960), pgs. 353-360.

— «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *RAP*, 37 (1962), pgs. 75-126.

— «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», *RAP*, 44 (1964), pgs. 147-162.

— «Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España», *RAP*, 50 (1966), pgs. 27-50.

— «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo», *RAP*, 57 (1968), ahora recogido en PARADA VÁZQUEZ, R.: *La Administración y los Jueces*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988, pgs. 145-168 (versión por la que se cita).

— «Efectos procesales del silencio negativo de la Administración», *REDA*, 5 (1975), pgs. 256-259.

— «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», *RAP*, 76 (1975), pgs. 9-30.

— «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», *DA*, 208 (1986), pgs. 11-64.

— «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *RAP*, 112 (1987), pgs. 7-60.

— *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos. Madrid, 1994 (2ª ed.).

OBERMAYER, Klaus: «Die verwaltungsgerichtlichen Klagen. Eine systematische Übersicht», *BayVBl*, 6 (1960), pgs. 208-213.

— «Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß», en CONRAD, Hermann, Hermann JAIRREISS, Paul MIKAT, Hermann MOSLER, Hans Carl NIPPERDEY y Jürgen SALZWEDEL (Hrsg.): *Gedächtnisschrift für Hans Peters*, Springer. Berlin-Heidelberg-New York, 1967, pgs. 875-890.

— *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, herausgegeben Roland von FRITZ. Luchterhand, Neuwied, 1999 (3ª ed.).

OLIVA SANTOS, Andrés de la: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch. Barcelona, 1980.

- OSORIO ACOSTA, Ezequiel: *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons/ Instituto Canario de Administración Pública. Madrid, 1995.
- OSSENBÜHL, Fritz: «Vom unbestimmten Gesetzsbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung», *DVBt*, 89 (1974), pgs. 309-313.
- «Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum», *DÖV*, 29 (1976), pgs. 463-471.
- PAPIER, Hans-Jürgen: *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*, De Gruyter. Berlin-New York, 1979 (conferencia pronunciada el 29-11-1978).
- «Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle», en BLÜMEL, Willi, Detlef MERTEN y Helmut QUARITSCH (Hrsg.): *Verwaltung im Rechtsstaat. Festschrift für Carl Hermann Ule*, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1987, pgs. 235-255.
- «Die Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verwaltungs- und Verfahrensrecht», en *Die Bedeutung der Europäischen Gemeinschaften für das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit. Seminar zum 75. Geburtstag von K. A. Bettermann*, Duncker und Humblot. Berlin, 1989, pgs. 51-65.
- «Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt», en ISENSEE, Josef y Paul KIRCHHOF (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts*, VI (Freiheitsrechte), C. F. Müller. Heidelberg, 1989, §54.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *La Administración y los Jueces*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución», *RAP*, 84 (1977), pgs. 569-588.
- «La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo», *REDA*, 49 (1986), pgs. 19-44.
- *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos. Madrid, 1993.
- «La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia», *DA*, 246-247 (1996-1997), pgs. 11-76.
- PEÑARRUBIA, Joaquín María: «Proceso al acto, carácter revisor de la jurisdicción y eliminación de obstáculos para el acceso a los Tribunales: tres Sentencias del TC sobre la Administración y el derecho a la tutela judicial efectiva», *REDA*, 91 (1996), pgs. 477-489.
- PERA VERDAGUER, Francisco: «El proceso contencioso-administrativo y la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, IEAL. Madrid, 1985, pgs. 457-486.

- PÉREZ MORENO, Alfonso: «La acción popular en materia de urbanismo», *RDU*, 15 (1969), pgs. 71-98.
- PETERS, Wilfried: «Zur Zulässigkeit der Feststellungsklage (§ 43 VwGO) bei untergesetzlichen Normen», *NVwZ*, 18 (1999), pgs. 506-507.
- PFEIFER, Herbert: «Verpflichtungsklage bei Ermessensakten?», *DÖV*, 15 (1962), pgs. 776-780.
- «Streitgegenstand bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Auswirkungen der Unterschiede auf die Wahl des richtigen Rechtsschutzmittels und die Methodik der Urteilsfindung», *DVBl*, 78 (1963), pgs. 653-661.
- PIETZCKER, Jost: «Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen-unlösbar?», *NVwZ*, 14 (1995), pgs. 15-20.
- PIETZKO, Gabriele: *Der materiellrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch*, Duncker und Humblot. Berlin, 1994.
- PIETZNER, Rainer y Michael RONELLENFITSCH: *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht. Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß*, Werner. Düsseldorf, 1996 (9ª ed.).
- QUADRA-SALCEDO, Tomás de la: «Comentario al artículo 29», *REDA*, 100 (1998), pgs. 293-314.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás: «Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano», *REDA*, 64 (1989), pgs. 533-546.
- «La inactividad de la Administración como acto administrativo tácito», *PJ*, 36 (1994), pgs. 415-418.
- REDEKER, Konrad y Hans Joachim VON OERTZEN: *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Kohlhammer. Stuttgart-Berlin-Köln, 1997 (12ª ed.).
- RENCK, Ludwig: «Verwaltungsakt und Feststellungsklage-BVerwGE 26, 161», *JuS*, 19 (1970), pgs. 113-118.
- «Hat der Verwaltungsakt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch eine Bedeutung?», *BayVBl*, 19 (1973), pgs. 365-368.
- RENGELING, Hans-Werner: *Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1977.
- «Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht-Wechselseitige Einwirkungen», *VVDStRL*, 53 (1994), pgs. 202-239.
- RENGELING, Hans-Werner, Andreas MIDDEKE y Martin GELLERMANN: *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, Beck. München, 1994.
- RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa: «La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 16 de enero de 1995», *Actualidad Administrativa*, 1995, pgs. 455-469.



- RICHTER, Ernst-Günther: «Ist das Verwaltungsgericht verpflichtet, eine Sache der Leistungsverwaltung spruchreif zu machen (§113 Abs. 4 VwGO)?», *DVBl*, 75 (1960), pgs. 885-888.
- RIVERO YSERN, José Luis: «Vía administrativa de recurso y justicia administrativa», *REDA*, 75 (1992), pgs. 381-390.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura. Madrid, 1988.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: «Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts», *EuGRZ*, 24 (1997), pgs. 289-295.
- RODRÍGUEZ MORO, Nemesio: «Acción popular para impugnar en vía contenciosa la inactividad de la Administración ante infracciones de normas urbanísticas», *REVL*, vol. XXXI (1972), núm. 174, pgs. 341-350.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre)», *RAP*, 139 (1996), pgs. 221-236.
- *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons. Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo. Madrid, 1986.
- ROHMEYER, Hartwig: *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozess und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten*, Duncker und Humblot. Berlin, 1967.
- RÖNNEBECK, Georg: *Klageformen im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen*, Diss. München, 1968.
- RUFFERT, Matthias: «Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts», *DVBl*, 113 (1998), pgs. 69-75.
- RÜFNER, Wolfgang: «Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht-Einordnung der sozialen Sicherung in das (allgemeine) Verwaltungsrecht», *VVDStRL*, 28 (1970), pgs. 187-223.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: «Cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el Derecho administrativo», en MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo (Dir.): *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, CGPJ. Madrid, 1996, pgs. 81-126.
- RUPP, Hans Heinrich: «Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt. Eine Untersuchung zur prozeßrechtlichen Behandlung des schlichten

Verwaltungshandeln insbesondere im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge», *DVB*, 73 (1958), pgs. 113-120.

— «Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme», *AöR*, 85 (1960), pgs. 149-199 y 301-336.

— *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Mohr-Siebeck. Tübingen, 1991 (2ª ed.). 1ª ed., 1965.

SACHS, Michael (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, Beck. München, 1999 (2ª ed.).

SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, Federico Carlos: «La incidencia de la Constitución en lo contencioso-administrativo», en *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, IEAL. Madrid, 1985, pgs. 511-532.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos. Madrid, 1994.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?», *RAP*, 58 (1969), pgs. 185-208.

— «Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas», *RAP*, 95 (1981), pgs. 125-151.

— *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1972.

SARNIGHAUSEN, Hans-Cord: (1993) «Zum Nachbaranspruch auf baubehördliches Einschreiten», *NJW*, 46 (1993), pgs. 1623-1628.

SAZ, Silvia del: «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, Carmen, Blanca LOZANO y Silvia DEL SAZ: *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas/UNED. Madrid, 1992.

— «Origen, desarrollo y plenitud de la justicia administrativa», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas. Madrid, 1993, vol. II (coordinado por L. MARTÍN-RETORTILLO), pgs. 1249-1287.

SCHÄFER, Walter: «Die Klagearten nach der *VwGO* (insbesondere die Klage auf Erlass eines abgelehnten Verwaltungsakts)», *DVB*, 75 (1960), pgs. 837-843.

SCHENKE, Wolf-Rüdiger: «Rechtsschutz des Bauherrn gegenüber der aufschiebenden Wirkung einer Nachbarklage. Bemerkungen zu BVerwG, *NJW* 69, 202», *NJW*, 23 (1970), pgs. 270-271.

— «Mehr Rechtsschutz durch eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung?», *DÖV*, 35 (1982), pgs. 709-725.

— «Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen», *JuS*, 23 (1983), pgs. 182-189.

— *Verwaltungsprozeßrecht*, C. F. Müller. Heidelberg, 1997 (5ª ed.).

— «“Reform” ohne Ende. Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsge-

- richtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG)», *NJW*, 50 (1997), pgs. 81-93.
- SCHERMERS, Henry G. y Denis F. Waelbroeck: *Judicial protection in the European Communities*. Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1992 (5ª ed.).
- SCHERZBERG, Arno: «Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts», *DVBJ*, 103 (1988), pgs. 129-134.
- SCHEUING, Dieter H.: «Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht», en HOFFMANN-RIEM, Wolfgang y Eberhard SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.): *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Nomos. Baden-Baden, 1994, pgs. 289-354.
- SCHEUNER, Ulrich: «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland», en CAEMMERER, Ernst von, Ernst FRIESENHAHN y Richard LANGE (Hrsg.): *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, ed., vol. II, C. F. Müller. Karlsruhe, 1960, pgs. 229-262.
- SCHLINK, Bernhard y Joachim WIELAND: «Klagebegehren und Spruchreife im Asylverfahren», *DÖV*, 35 (1982), pgs. 426-434.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard: «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit», *VVDStRL*, 34 (1976), pgs. 221-274.
- «Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz MENER), 1985, pgs. 107-123.
  - «Empfiehl es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft weiter zu entwickeln?», *JZ*, 49 (1994), pgs. 832-840.
  - «Europäische Rechtsschutzgarantien. Auf dem Wege zu einem kohärenten Verwaltungsrechtsschutz in Europa», en BEYERLIN, Ulrich, Michael BOTHE, Rainer HOFFMANN y Ernst-Ulrich PETERSMANN (Hrsg.): *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht-Europarecht-Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Springer. Berlin-Heidelberg-etc., 1995, pgs. 1283-1303.
- SCHMITT-GLAESER, Walter: *Verwaltungsprozeßrecht*, Richard Boorberg Verlag. Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 1997 (14ª ed.).
- SCHNEIDER, Jens-Peter: «Effektiver Rechtsschutz Privater gegen EG-Richtlinien nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 119 (1994), pgs. 294-320.
- SCHOCH, Friedrich, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Rainer PIETZNER (Hrsg.): *VwGO Kommentar*, Beck. München (comentario en hojas intercambiables).
- SCHRÖDER, Meinhard: «Bescheidungsantrag und Bescheidungsurteil», *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz MENER), pgs. 487-500.
- SCHWARZE, Jürgen: «Grundzüge und neuere Entwicklung des Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft», *NJW*, 45 (1992), pgs. 1065-1072.

- «Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts», en *Id.* (Hrsg.): *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsordnungen in der Europäischen Union*. Nomos, 1996, pgs. 789-846.
- SCHWEICKHARDT, Rolf: «Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß», *DÖV*, 18 (1965), pgs. 795-804.
- SEIBERT, Gerhard: «Die Beachtlichkeit von Fehlern im Verwaltungsvfahren gemäß § 46 VwVfG und die Konsequenzen für das verwaltungsgerichtliche Verfahren», en FÜRST, Walter, Roman HERZOG y Dieter C. UMBACH (Hrsg.): *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1987, pgs. 469-486.
- SIEVEKING, Friedrich B.: «Anmerkung» a la sentencia del HambOVG de 14 de mayo de 1954, *MDR*, 8 (1954), pgs. 567-569.
- SKOURIS, Wassilios: *Verletzttenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozeß. Eine rechtsvergleichende Studie zur Anfechtungslegitimation des Bürgers*, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979.
- SODAN, Helge y Jan ZIEKOW (Hrsg.): *VwGO Kommentar*, Nomos. Baden-Baden (comentario en hojas intercambiables).
- STEINHAEUER, Bettina M.: *Die Auslegung, Kontrolle und Durchsetzung mitgliedstaatlicher Pflichten im Recht des Internationalen Währungsfonds und der Europäischen Gemeinschaft*, Duncker und Humblot. Berlin, 1996.
- STELKENS, Paul: «Verwaltungsgerichtsbarkeit-Gerichtsbarkeit ohne Verwaltung?», *NVwZ*, 1 (1982), pgs. 81-84.
- «Das Problem Auflage», *NVwZ*, 4 (1985), pgs. 469-471.
- «Das Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGOÄndG)-das Ende einer Reform?», *NVwZ*, 10 (1991), pgs. 209-219.
- STELKENS, Paul, Hans Joachim BONK y Michael SACHS: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck. München, 1998 (5ª ed.).
- STEPHAN, Bodo: *Das Rechtsschutzbedürfnis. Ein Gesamtdarstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses*, Walter de Gruyter. Berlin, 1967.
- STERN, Klaus: *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit*, Beck. München, 1995 (7ª ed.).
- STÜER, Bernhard: «Zurückverweisung und Bescheidungsverpflichtung im Verwaltungsprozeß», *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz MENER), pgs. 779-795.
- SUAY RINCÓN, José: «Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984», *REDA*, 50 (1986), pgs. 265-268.

- TERNEYRE, Philippe: «Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs», *EDCE*, 1988, pgs. 69-92.
- THON, August: *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau. Weimar, 1878.
- TOLEDO JÁUDENES, Julio: «Resolución de las pretensiones de fondo del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acto que declara la inadmisibilidad del recurso de reposición», *REDA*, 3 (1974), pgs. 490-492.
- TONNE, Michael: *Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichten als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1997.
- TORNOS MAS, Joaquín: «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 122 (1990), pgs. 103-130.
- «Ámbito, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *La reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Generalidad de Cataluña. Barcelona, 1995.
- «Discrecionalidad e intervención administrativa económica», en HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo y Nicolás GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (coords.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía/Editorial Civitas. Madrid, 1996, pgs. 391-410.
- TRUJILLO PEÑA, José, Carmelo QUINTANA REDONDO y Juan Antonio BOLEA FORADADA: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo* (2 vols.), Santillana. Madrid, 1965.
- UKROW, Jörg: *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH. Dargestellt am Beispiel der Erweiterung des Rechtsschutzes des Marktbürgers im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes und der Staatshaftung*, Nomos. Baden-Baden, 1995.
- ULE, Carl Hermann: «Die Lehre von Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel», en *Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Gesammelte Aufsätze und Vorträge 1949-1979*, Carl Heymanns Verlag. Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, pgs. 79-128.
- «Die geschichtliche Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in der Nachkriegszeit», *Festschrift Menger* (ver la referencia editorial en la voz MENGER), pgs. 81-103.
- *Verwaltungsprozeßrecht*, Beck. München, 1987 (9ª ed.).
- ULE, Carl Hermann y Hans-Werner LAUBINGER: *Verwaltungsverfahrenrecht*, Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1995 (4ª ed.).
- UNRUH, Georg-Christoph von: «Verwaltungsgerichtsbarkeit», Capítulo XXV de JESERICH, POHL y VON UNRUH (Hrsg.): *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. V, pgs. 1178-1196.
- VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis: *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo (Quince años de Jurisprudencia Constitucional y Contencioso-Administrativa)*, La Ley/Actualidad. Madrid, 1997.

- VELASCO CABALLERO, FRANCISCO: *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos. Madrid, 1996.
- VOGEL, Klaus: «Die Lehre vom Verwaltungsakt nach Erlaß der VwVfGe», *BayVBl*, 23 (1977), pgs. 617-622.
- WEDEL, Henning von: «Zum Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage», *MDR*, 29 (1975), pgs. 97-102.
- WEYREUTHER, Felix: «Zur Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen ablehnenden Bescheid», *DVBbl*, 71 (1956), pgs. 633-636.
- WILKE, Dieter: «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten im Polizei-, Ordnungs- und Baurecht», en ACHTERBERG, Norbert, Werner KRAWIETZ y Dieter WYDUCKEL (Hrsg.): *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Duncker und Humblot. Berlin, 1983, pgs. 831-844.
- WINTER, Gerd: «Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts», *NVwZ*, 18 (1999), pgs. 467-475.
- WINTERFELD, Achim von: «Möglichkeiten der Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht», *NJW*, 41 (1988), pgs. 1409-1414.
- WOEHLING, Jean-Marie: «Vers la fin du recours pour excès de pouvoir?», *L'État de Droit. Mélanges Braibant*, Dalloz. Paris, 1995, pgs. 777-791.
- WOLFF, Hans J., Otto BACHOF y Rolf STÖBER: *Verwaltungsrecht I*, Beck. München, 1994 (10ª ed.).
- WÜRTENBERGER, Thomas: *Verwaltungsprozeßrecht*, Beck. München, 1998.
- ZSCHACKE: «Die Zurückverweisung der Sache vom Verwaltungsgericht an die Verwaltungsbehörde», *NJW*, 11 (1958), pgs. 1420-1424.
- ZULEEG, Manfred: «Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?», *DVBbl*, 91 (1976), pgs. 509-521.
- Comentario al art. 5 del TCE en VON DER GROEBEN, Hans, Jochen THIESING y Claus-Dieter EHLERMANN (Hrsg.): *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Nomos. Baden-Baden, 1997 (5ª ed.), 5 vols.
  - «Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht-Wechselseitige Einwirkungen», *VVDStRL*, 53 (1994), pgs. 154-201.
  - «Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration», *JZ*, 49 (1994), pgs. 1-8.

## N O T A S

## Colección Monografías Aranzadi

1. *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*. Delgado Piqueras, F.
2. *Fundaciones y Mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre* (3.<sup>a</sup> edición). Martínez Lafuente, A.
3. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Homenaje a Luis Mateo Rodríguez*. Simón Acosta, E. (Coord.).
4. *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente*. Zelaya Etchegaray, P.
5. *La Retención a Cuenta en el Ordenamiento Tributario Español*. Alguacil Marí, P.
6. *El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Jurídica Internacional*. Adam Muñoz, M. D.
7. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. (2.<sup>a</sup> edición). Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.).
8. *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*. Rivero Alemán, S.
9. *El Retracto de Comuneros y Colindantes del Código Civil*. Bello Janeiro, D.
10. *El Aumento de Capital con Cargo a Reservas en Sociedades Anónimas*. García-Moreno y Gonzalo, J. M.
11. *La Amortización del Inmovilizado en el Impuesto sobre Sociedades*. Colao Marín, P.
12. *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital por no Disolución y no Adaptación*. (3.<sup>a</sup> edición). Rodríguez Ruiz de Villa, D. y Huerta Viesca, M. I.
13. *Mejoras Útiles en los Contratos Sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Gilveti Gubía, M. B.
14. *Donación de Inmuebles. Forma y Simulación*. Durán Rivacoba, R.
15. *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Rodríguez Ramos, M. J. y Pérez Borrego, G.
16. *Régimen Jurídico de la Vivienda Familiar*. Elorriaga de Bonis, F.
17. *El Delito de Agresiones Sexuales Asociadas a la Violación*. Suárez Rodríguez, C.
18. *El Transporte de Viajeros por Carretera. Régimen de Responsabilidad Civil*. Hualde Manso, T.
19. *La Caducidad en el Derecho Laboral*. Bejarano Hernández, A.
20. *La Privativación en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*. De la Serna Bilbao, M. N.
21. *El Delito Contable Tributario. Interpretación y Análisis Dogmático del Artículo 350 bis del Código Penal*. Sánchez-Ostiz Guitérrez, P.
22. *Régimen Jurídico de las Costas Españolas*. Calero Rodríguez, J. R.
23. *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*. Cordón Moreno, F.
24. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. M.; Sempere Navarro, A. V. y Ríos Salmerón, B.
25. *El Impuesto sobre Operaciones Societarias. Análisis de su Régimen Jurídico*. De Pablo Varona, C.
26. *El Valor Catastral: su Gestión e Impugnación*. (2.<sup>a</sup> edición). Varona Alabern, J. E.
27. *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*. Serrano Alberca, J. M.
28. *La Renta Vitalicia Onerosa*. Badenas Carpio, J. M.
29. *El Mandato de Crédito*. Arcos Vieira, M. L.



30. *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*. Razquin Lizarraga, M. M.
31. *Propiedad Horizontal. El Título Constitutivo y su Impugnación Judicial*. Díaz Martínez, A.
32. *La Utilización del Dominio Público por la Administración: las Reservas Dominiales*. Barcelona Llop, J.
33. *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*. Cabanillas Sánchez, A.
34. *El Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras*. Alvarez Arroyo, F.
35. *Régimen Fiscal de los Arrendamientos Urbanos*. Barquero Estevan, J. M.
36. *La Interpretación de las Normas Internacionales*. Fernández de Casadevante Romani, C.
37. *El Objeto del Contrato*. San Julián Puig, V.
38. *Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*. Pérez Milla, J. J.
39. *Comentarios a la Reforma de la Ley General Tributaria*. Pérez Royo, F.; Agualló Avilés, A.
40. *Delitos de Fraude Alimentario. Análisis de sus Elementos Esenciales*. Doval Pais, A.
41. *Responsabilidad Patrimonial en el Régimen de Separación de Bienes*. Alvarez Olalla, M. P.
42. *El Modelo de Utilidad: Régimen Jurídico*. Varea Sanz, M.
43. *Régimen Jurídico del Seguro de Caución*. Barres Benlloch, M. P.
44. *La Sociedad de Capital en Formación*. García-Cruces González, J. A.
45. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Quintero Olivares, G.; Morales Prats, F.; Valle Muñiz, J. M.; Tamarit Sumalla, J. M. y García Alberó, R.
46. *El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica. Hechos y Derecho*. Díaz-Regañón García-Alcalá, C.
47. *Modernas Tendencias de la Ordenación Salarial. La Incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*. Mercader Uguina, J. R.
48. *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos Clave de la Ley 31/1995*. Ojeda Avilés, A.; Alarcón Caracuel, M. R. y Rodríguez Ramos, M. J.
49. *Reforma y Crisis del Proceso Social (1994-1996). Los Problemas de Aplicación de las Últimas Reformas Procesales: Jurisdicción, Procesos Especiales y Sistemas Extrajudiciales de Composición*. Cachón Villar, P. y Desdentado Bonete, A.
50. *El Negocio Jurídico Fundacional*. Durán Rivacoba, R.
51. *Ámbito Subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*. López Anierte, M. C.
52. *La Excedencia Laboral Voluntaria*. Argüelles Blanco, A. R.
53. *La Directiva Comunitaria de Protección de Datos de Carácter Personal*. Heredero Higuera, M.
54. *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*. Villarín Lagos, M.
55. *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria*. Bello Martín-Crespo, M.<sup>a</sup> P.
56. *La Responsabilidad Empresarial por Incumplimiento de las Obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*. Gala Durán, C.
57. *La Inactividad de la Administración*. Gómez Puente, M.
58. *Las Reclamaciones Económico-Administrativas. Comentarios al Nuevo Reglamento de Procedimiento*. Huesca Boadilla, R. (Coord.); De la Nuez Sánchez-Cascado, E.; Dago Elorza, I.; Lozano Beltrá, J.; Pérez Torres, E. y Zabala Rodríguez-Fornos, A.
59. *Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo*. Correa Carrasco, M.
60. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Blanco Cordero, I.
61. *Aportaciones no Dinerarias en la Sociedad Anónima*. Fernández Fernández, I.
62. *Las Retransmisiones por Cable y el Concepto de Público en el Derecho de Autor*. Erdozáin López, J. C.

63. *La Doble Imposición en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea*. Calderón Carrero, J. M.
64. *El Delito Fiscal a Través de la Jurisprudencia*. Aparicio Pérez, J.
65. *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*. Quintana Carlo, I.; Bonet Navarro, A.; Muerza Esparza, J. J.; De Carpi Pérez J.; Samanes Ara, C.; Gutiérrez Pérez, M. R.; Herrero Perezagua, J. F.
66. *Responsabilidad Administrativa: Conflictos de Jurisdicción*. Gamero Casado, E.
67. *La Corresponsabilidad Fiscal de las Comunidades Autónomas*. Sánchez Sánchez, A.
68. *El Despido Colectivo en el Derecho Español*. Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.
69. *Análisis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades y de su Reglamento*. Ernst & Young.
70. *El Derecho al Aprovechamiento Urbanístico*. Jiménez Linares, M.<sup>a</sup> J.
71. *La Licencia Contractual de Patente*. Martín Aresti, P.
72. *Cambio de Solar por Edificación Futura*. (2.<sup>a</sup> edición). Serrano Chamorro, M.<sup>a</sup> E.
73. *El Seguro de Defensa Jurídica*. Olmos Pindáin, A.
74. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. Desdentado Daroca, E.
75. *La Retroacción de la Quiebra*. Sancho Gargallo, I.
76. *Reclamaciones y Recursos Tributarios*. Checa González, C.
77. *La Gestión de los Impuestos Municipales*. Nieto Montero, J. J.
78. *El Sistema Funerario en el Derecho Español*. Pérez Gálvez, J. F.
79. *Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de Seguridad Social*. Barrios Baudor, G. L.
80. *La Tributación de las Opciones Financieras*. Vilarroig Moya, R.
81. *La Punibilidad en el Derecho Penal*. García Pérez, O.
82. *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*. García Vicente, J. R.
83. *Valores Mobiliarios Anotados en Cuenta. Concepto, Naturaleza y Régimen Jurídico*. Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A.
84. *La Prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*. Nogueira Guastavino, M.
85. *Régimen Jurídico de la Prueba en la Aplicación de los Tributos*, López Molino, A. M.<sup>a</sup>
86. *La Colación como Operación Previa a la Partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*. Muñoz García, C.
87. *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*. Tejedor, Bielsa, J. C.
88. *La Detención por Delito*. De Hoyos Sancho, M.
89. *Venta de Cuota y Venta de Cosa Común por uno de los Comuneros en la Comunidad de Bienes*. Estruch Estruch, J.
90. *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*. Soler Presas, A.
91. *El Ambito de Aplicación del Arbitraje*. Gaspar Lera, S.
92. *Las Ligas profesionales*. Terol Gómez, R.
93. *Los Períodos Infraanuales en el Impuesto sobre la Renta*. Romero García, F.
94. *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial*. González del Rey Rodríguez, I.
95. *La Oferta Contractual*. Menéndez Mato, J. C.
96. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Gomis Catalá, L.
97. *El Estatuto del Contribuyente. Comentarios a la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*. De la Nuez Sánchez-Cascado, E.; Fernández Cuevas, A., y Ogea Martínez-Orozco, M.

98. *Las Reformas Laborales de 1997*. Escudero Rodríguez, R.; Alarcón Caracuel, M. R.; Cruz Villalón, J.; González Ortega, S.; Correa Carrasco, M.; López López, J., y González Martín, A.
99. *La Sentencia Estimatoria del Recurso de Amparo*. Gómez Amigo, L.
100. *Apoderamiento y Representación Voluntaria*. Badenas Carpio, J. M.
101. *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.).
102. *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*. Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M.<sup>a</sup> y González Rivas, J. J.
103. *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*. Sánchez Calero, F. y otros.
104. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. García Gómez de Mercado, F., Irurzun Montoro, F., Rivero González, M., Fernández-Daza Alvear, Gómez de Mercado, F., Irurzun Montoro, F., Rivero González, M., Fernández-Daza Alvear, J. M., Ayala Muñoz, J. M., Huesca Boadilla, R., Sanz Gandasegui, F., Vega Labella, J. I., Gutiérrez Delgado, J. M., Torres Fernández, J. J.
105. *Cargos Públicos Representativos. Un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*. García Roca, J.
106. *Las Jornadas Especiales de Trabajo*. Gómez Muñoz, J. M.
107. *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Ley 6/1998, de 13 de abril*. Enériz Olaechea, F. J.; Nagore Sorabilla, H. M., y Otazu Amatriain, B.
108. *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*. Sosa Wagner, F. (Director-Coordenador), Tolivar Alas, L., Quintana López, T., Fuentes López, M.
109. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Arpón de Mendiál Aldama, A. y Carrasco Perera, A. (Directores).
110. *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Morán Bovio, D. (Coordinador) y otros.
111. *El Embargo de la Empresa*. López Sánchez, J.
112. *Protección Jurídica de las Invencciones Universitarias y Laborales*. Blanco Jiménez, A.
113. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas. Breve referencia a esta aportación en las Sociedades Limitadas*. Bercovitz Álvarez, R.
114. *Responsabilidad Personal y Garantía Hipotecaria*. Castillo Martínez, C. del C.
115. *El Expediente Disciplinario Laboral*. López Álvarez, M.<sup>a</sup> J.
116. *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 40/1998 y su Reglamento)*. Cazorla Prieto, L. M. y Peña Alonso, J. L.
117. *Régimen Fiscal de la Cooperativa*. Crespo Miegimolle, M.
118. *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*. Rodríguez Puerta, M.<sup>a</sup> J.
119. *Los Trabajadores Directivos de la Empresa*. De Val Tena, A. L.
120. *Impuesto sobre la Renta de no Residentes*. Checa González, C.
121. *Precios de Transferencia Internacionales. Estudio tributario y microeconómico*. Herrero Mallol, C.
122. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador).
123. *El Proceso de Creación de una Fundación*. Morillo González, F.
124. *Los Impuestos del Deporte*. Cazorla Prieto, L. M.<sup>a</sup> y Corcuera Torres, A.
125. *Comentarios a la Ley del Jurado*. Montero Aroca, J. y Gómez Colomer, J.-L. (Coordinadores).
126. *La Presunción de Inocencia y su Jurisprudencia*. Montañés Pardo, M. A.
127. *La Peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*. Garcíandía González, P. M.<sup>a</sup>.

128. *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*. Moreno Fernández, J.I.
129. *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*. Pizarro Moreno, M.; Torres Fernández, J.J.; Sánchez Socías, L., y Monedero Montero de Espinosa, J.I.
130. *La Inspección de Trabajo y el Control de la Aplicación de la Norma Laboral*. González Biedma, E.
131. *El Dopaje en el Ambito del Deporte*. Palomar Olmeda, A., Rodríguez Bueno, C., y Guerrero Olea, A.
132. *La Ley de Propiedad Horizontal*. Gómez Martínez, C., y Gómez Martínez, J.
133. *Comentarios a la Reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*. Alvarez-Cienfuegos Suárez, J. M., y Xiol Ríos, J. A.
134. *Conflictos de Vecindad por el Uso de la Vivienda y Locales de Negocio. (De acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Propiedad Horizontal)*. Moreno Martínez, J. A.
135. *Los Nuevos Derechos Indemnizatorios del Comerciante Arrendatario en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*. Huerta Viesca, M<sup>a</sup> I.
136. *Los Delitos de Malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*. Morales García, O.
137. *La Ordenación Jurídica de la Pesca Marítima*. Sánchez Lamelas, A.
138. *Las Uniones de Hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Mesa Marrero, C.
139. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos*. Rivas Vallejo M<sup>a</sup> P.
140. *Los Efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*. Ferrando García, F.
141. *La Responsabilidad Civil del Abogado*. Serra Rodríguez, A.
142. *Casación Penal e Infracción de Precepto Constitucional*. Bonet Navarro, J.
143. *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*. Lago Montero, J. M<sup>a</sup>.
144. *El Contrato de Corretaje Inmobiliario: Los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*. Rodríguez Ruiz de Villa, D.
145. *El Nuevo Sistema Ferroviario y su Ordenación Jurídica*. Olmedo Gaya, A.
146. *La Compraventa Financiada de Bienes de Consumo*. Marín López, M. J.
147. *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*. Cuñat Edo, V., y Ballarín Hernández, R. (Directores).
148. *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, P.
149. *La Compensación de las Deudas Tributarias. Régimen general y cuenta corriente fiscal*. García Gómez, A. J.
150. *La Concurrencia del Crédito Tributario: Aspectos Sustantivos y Procedimentales. (Prelación, garantías, tercerías, ejecuciones preferentes, suspensiones de pagos y quiebras)*. Gómez Cabrera, C.
151. *Comentarios a la Ley 55/1999, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*. Cazorla Prieto, L. M<sup>a</sup> (Director).
152. *La Estimación Indirecta en el Ambito de la Gestión Tributaria*. Sánchez Pino, A. J.
153. *Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*. Arpio Santacruz, J. L.
154. *Cooperativas de Consumo y Cooperativas de Producción*. Trujillo Díez, I. J.
155. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador).
156. *Urbanizaciones y otros Complejos Inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*. Estruch Estruch, J. y Verdura Server, R.
157. *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo*. Huergo Lora, A.



ARANZADI  
DERECHO  
ADMINISTRATIVO

*Tras estudiar las bases constitucionales y comunitarias de las pretensiones de condena, se analizan todos sus elementos a la luz de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998: ámbito exacto del recurso contra la inactividad y del recurso para la ejecución de actos firmes, requisitos de legitimación, vía administrativa previa, medidas cautelares positivas y el ámbito de la sentencia, en especial cuando es posible condenar a la Administración a dictar un reglamento o un acto definido detalladamente en la sentencia y cuáles son las soluciones aplicables en los demás casos para otorgar a los particulares la tutela judicial más efectiva posible. En suma un análisis práctico de las principales cuestiones que en relación con las pretensiones de condena, diariamente se plantean en el funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

C.M.: 10171

ISBN 84-8410-438-9



9 788484 104384